

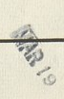
معهد البحوث والدراسات العربية

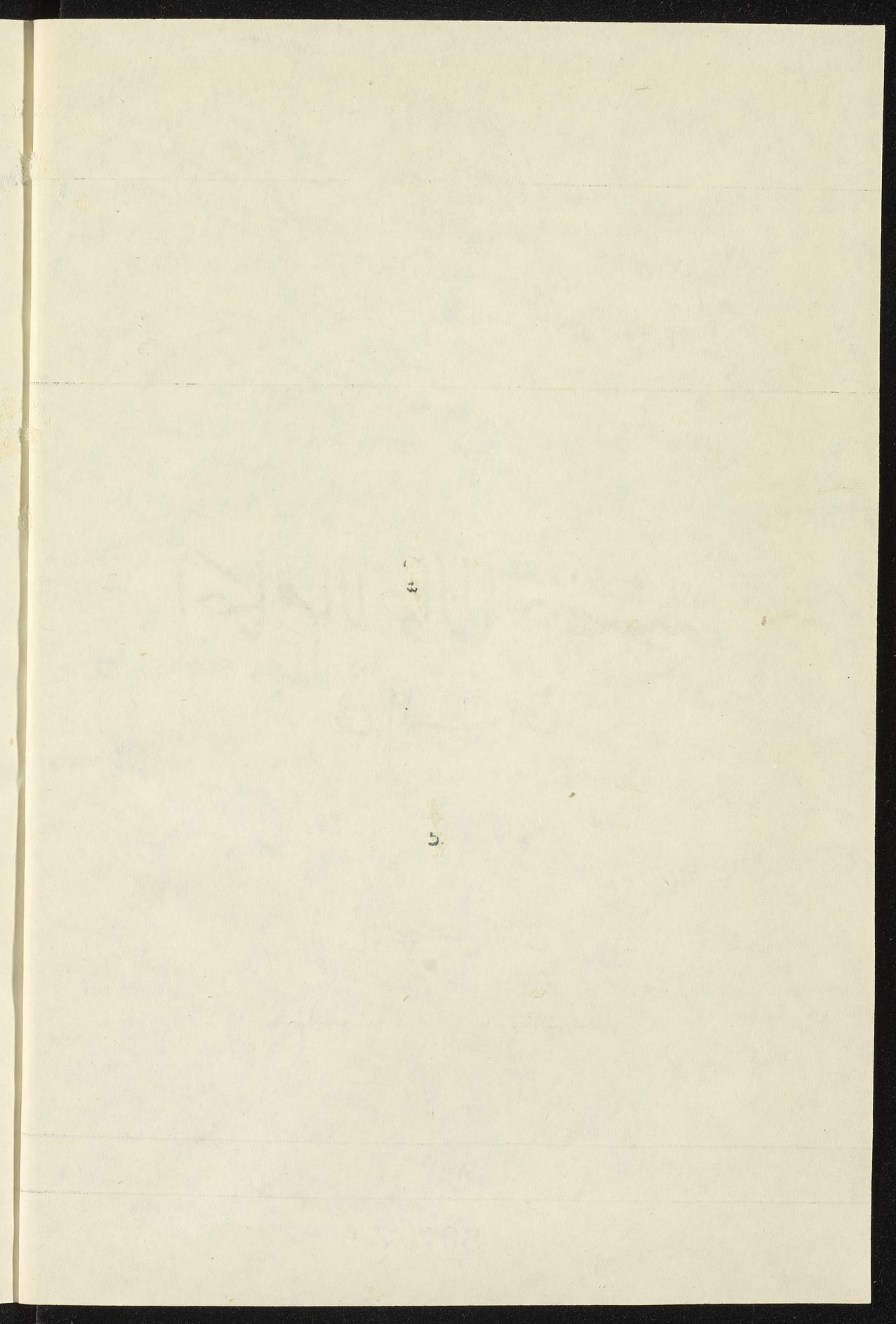
أحكام الأحوال الشخصية في العراق

الأستاذ محمد شفيق العاني

[قسم البحوث والدراسات القانونية الشرعية]

١٩٧٠





بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة تاريخية

عن أحكام الأحوال الشخصية فى العراق

« كيف تطورت وإلى أين انتهت »

مصدر هذه الأحكام ومردها منذ الفتح الإسلامى حتى عصرنا هذا الشريعة الإسلامية التى كانت مرجع القضاة فى فصل الحادثات والمنازعات التى تحدث بين الناس فى أحوالهم الشخصية . ومسائل الأحوال الشخصية ومشاكلها تكون جزءا من العمل القضائى فى الأقطار الإسلامية إذ كانت ترفع إلى القضاة المنازعات والحادثات فيفصل فيها أولئك على هدى مصادر الأحكام من كتاب وسنة وإجماع وقياس ومصادر أخرى يرى قسم كبير من الفقهاء حجيتها وكان لا يعين فى الصدر الإسلامى وفى العصرين الأموى والعباسى قاض فى البلد الإسلامى إلا من تتوفر فيه عناصر الاجتهاد وشرائطه ورغم ذلك كله فقد كان يجلس مع القضاة فقهاء ضليعون يستمعون الدعوى من مدعيها وأقوال دافعيها ثم يطيلون النظر والتدقيق فيما يورده المتقاضون ويثير مشاكله المتخاصمون حتى إذا ختم القاضى الدعوى بعد استيفاء مراحلها الشرعية أعانوه على إصدار حكمه بعد أن يستمع إلى آرائهم ويناقشهم ويناقشونه ويصلون بنتيجة تبادل الرأى والنقاش إلى ما يعتقدون أنه الحق الواضح والمحجة التى تؤيده الأدلة وتعززه البينات ورغم كل ما يتخذه القضاة المنتشرون هنا وهناك والمنتشرون فى البلاد الاسلامية من حيطة للوصول إلى نتائج سليمة فقد كانت تصدر أحكام مختلفة فى الحادثات المتماثلة ذات الأشباه

والنظائر مما جعل كثيرا من عقلاء القوم يضج بالشكوى ويعج بلوم القضاة الذين كانت تتباين أحكامهم وتختلف قضاؤهم فى الحوادث المتشابهة رغم أنهم مجتهدون وعلى درجة كبيرة من رجاحة الرأى وفقاهة العلم وجرى البحث بين الحاكمين لاختيار أفضل السبل التى يمكن بسلوكها توحيد الأحكام القضائية حتى اهتدوا زمن الرشيد إلى اختيار أبى يوسف قاضياً للقضاة فى عاصمة العباسيين ببغداد فاتجه أبو يوسف إلى تعيين القضاة فى البلاد الإسلامية ممن ثقفوا فقه الأمام أبى حنيفة وبذلك أقيم الصرح الأول لوحدة القضاء الإسلامى وصدور الأحكام المتماثلة فى النظائر من الحادثات . ومما يؤسف له كثيرا عدم وصول طائفة من الأحكام الصادرة فى ذلك التاريخ وما بعده أو ما قبله إلينا لنطلع عليها إذ أن مؤرخى القضاء الإسلامى يؤكدون أن ضبوط المحاضر والسجلات وتدوين أقوال الطرفين وصدور الأحكام كان قد بدىء بتثبيتها كتابة سنة ١٢٠ هـ على يد قاضى الكوفة ابن شبرمة ودرج القضاة من بعده على طريقته ويظهر أن الغزاة وما أصاب بغداد من ويلات ونكبات أتت على دواوينها الحكومية وما بها من محاضر وسجلات من القواعد فمزقتها شر ممزق إذ أحرقت وأتلفت ولم تبق منها يد الحدثان شيئا يرجع إليه أو يهتدى به .

وقد بقى يرجع فى العصر العباسى إلى الفقه حتى ذر قرن الفتن فى البلاد الإسلامية وقامت دويلات وملوك للطوائف فأخذ كل قطر يطبق فقها إسلاميا خاصا به فطبق فى الشام قضاء الفقه الشافعى بعد فقه الأوزاعى وفى مصر الفقه الشافعى بعد فقه الإمام مالك ثم الفقه الشيعى ثم الفقه الشافعى وكذلك فى المغرب طبق فقه الامام مالك بعد فقه الأوزاعى ولربما كان فى البلد الواحد قضاة متعددون لمذاهب مختلفة حتى قامت دولة العثمانيين من الأتراك فجنحت إلى فقه أبى حنيفة وحكمت به قضاء فى حادثاتها المدنية والشرعية والعقابية حتى زمن السلطان عبد

المجيد حيث أعلن بإدخال الاصلاحات والأنظمة الغربية فى البلاد العثمانية وأنشىء قانون عقوبات جديد على نمط قانون فرنسا وقد شرع فى وضع القوانين سنه ١٢٥٥ هـ وعينت الكتب الفقهية التى يحكم بها القضاة ثم أخرجت الدعاوى الجزائية والمدنية من اختصاص قضاة الشرع وانتهى تدوين مجلة الأحكام سنة ١٢٩٣ هـ وسنة ١٣٠٥ هـ عينت وظائف المحاكم الشرعية بارادة .

وأخيراً صدر قانون المرافعات الشرعية ٨ محرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق ٢٥ تشرين الأول سنة ١٩١٧ وسنة صدوره احتلت بغداد من قبل السلطة الانجليزية .

« تشكيلات المحاكم الشرعية بعد الاحتلال وفى الحال الحاضرة »

لقد صدر بعد الإحتلال بيان سنة ١٩١٧ م أعيد فيه تشكيل المحاكم الشرعية وبموجب أحكامه أصبحت المحاكم الشرعية تنظر فى القضايا المتعلقة بمذهب أهل السنة فقط . كما أنه صدر نظام المحاكم الشرعية سنة ١٩١٨ وفيه أسس مجلس تمييز شرعى لتدقيق الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية السنية وأما قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بالمذهب الجعفرى فقد انيطت بالمحاكم المدنية وفى سنة ١٩٢٢ قررت الحكومة العراقية العمل بالقانون الوقتى للمرافعات الشرعية الصادر من الحكومة العثمانية ثم شرع قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ وفيه شكلت المحاكم الشرعية الجعفرية كما أسس مجلس تمييز شرعى جعفرى وقد أيد هذه التشكيلات القانون الأساسى الصادر سنة ١٩٢٥ وفى بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ وفى المادة ١١ منه جعل من اختصاص محاكم البداءة النظر فى قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين وجعل حسم ما يتعلق بالنكاح والطلاق والوصية والزوجية والمناسبة العائلية والحجر والارث والهبة والوقف حسب القانون الشخصى

أو العرف المرعى فى الزمن الذى حدثت فيه ثم شرع سنة ١٩٤٧ قانون نظم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية وجعل لها مجالس تمييز خاصة بها .

وقد وجد فى القانون ذاته : على كل طائفة أن تدون باللغة العربية الأحكام والقواعد الفقهية التى تطبق فى جميع الدعاوى المشار إليها فى المادة (١٢) وأن تنشرها بمعرفة وزارة العدل خلال ستة أشهر وإذا لم يتم النشر خلال المدة فلوزير العدل أن يمهل الطائفة ستة أشهر أخرى فإذا انقضت هذه المهلة جاز له أن يطبق أحكام المادة السابقة (وهى إحالة الدعوى إلى المحكمة المدنية المختصة) وقد نشرت الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثودكس والطائفة الموسوية واسست لهما ولفرق الكاثوليك محاكم طائفية ومجالس تمييزية وشرع قانون خاص لأصول المحاكمات للطوائف المسيحية والموسوية برقم (١٠) لسنة ١٩٥٠ ثم الغيت المحاكم الطائفية لفرق الكاثوليك سنة ١٩٤٨ وانيطت اختصاصاتها بالمحاكم المدنية وكذلك ألغيت بقية المحاكم الطائفية المسيحية الأخرى والموسوية وانيطت اعمالها كلها بالمحاكم المدنية . وتجرى الآن محاكم المواد الشخصية على رؤية قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين وتطبق عليهم فيما يختص بالنكاح والطلاق والنفقة الزوجية والصداق القانون الشخصى أو القانون الكنسى الذى يخضع له الزوج أما القضايا الأخرى فتطبق فى أحكامها على الحادثات الفقه الحنفى . وفى سنة ١٩٤٥ صدر قانون تشكيلات المحاكم برقم (٣) تناول فى مواده تشكيلات المحاكم الشرعية فى العراق وأيد ماورد فى قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ وأضاف إلى ذلك اعتبار المحكمة الشرعية مؤسسة فى كل مكان موجودة فيه محكمة حقيقية ويكون حاكم المحكمة الحقيقية المسلم قاضيا للمحكمة الشرعية إن لم يكن لها قاض خاص ثم شرع قانون السلطة القضائية

لسنة ١٩٦٣ وأيد تشكيلات القضاء الشرعى إلا أنه ألغى مجلسى التمييز الشرعى وأدمجهما بمحكمة تمييز العراق .

بم يحكم القضاة الشرعيون فى الفترة الواقعة بين ١٩١٧ إلى ١٩٥٩

كان مرجع القضاة الشرعيين وسند أحكامهم النصوص الفقهية الأظهر منها والأرجح من الكتب المطولة أو المتون المعتبرة لدى الفقهاء المعتمدين فى المذهب المقلد أو الفتاوى الصادرة من المجتهد كل حسبما درج عليه من تقليد . ولقد كان يدور بخلد الكثيرين من المعنيين بالقضاء الشرعى جمع الأحكام الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية أو أحكامها العامة على الأقل بقانون واحد يرجع إليه ويكون سندا لاصدار الأحكام ويصدر الحكم بالنسبة للمسلمين كل حسب أحكامه الفقهية الخاصة به التى درج على اتباعها وقد ألفت سنة ١٩٤٥ لجنة مكونة من أربعة اشخاص وأتمت المشروع وأثبتت فيه الأحكام المشتركة بين الفرقتين الكبيرتين فى هذا القطر وهما السنة والشيعة ثم ذكرت الأحكام التفريعية لكل فريق بالنص الواضح وقدم المشروع إلى المجلس النيابى فتلكأ المجلس فى تشريعه لمعارضة لقيها مشروع القانون حتى وافت سنة ١٩٥٩ فألفت وزارة العدل لجنة إعادة النظر فى المشروع وصاغت مواده مجددا عدا أحكام الارث التى لم تدخل فى المشروع وإنما أقحمت دون علم اللجنة بمجلس الوزراء من قبل هيأة غير اللجنة الأصلية واتبع فى أحكام الارث أحكام انتقال الأراضى الأميرية المثبتة احكامه فى القانون المدنى فصدر القانون باسم قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩ ولقى معارضة فيما يتعلق بالمواريث

حتى ألغيت أحكام الارث من القانون الأصلى بالتعديل رقم ١١ لسنة ١٩٦٣[١].

« مفهوم الأحوال الشخصية »

صيغة هذه الكلمة (الأحوال الشخصية) مستحدثة وهى طارئة علينا من التشريع الغربى على مايظهر وقد استعملت فى المحاكم العراقية بعبارة المواد الشخصية وذلك فى بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ بعد إحتلال بغداد ثم درجت القوانين المشرعة على استعمالها بعبارة الأحوال الشخصية .

الأحوال الشخصية التى هى عبارة عن تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة ابتداء وانتهاء وبيان ما لكل على الآخر من حقوق وواجبات لها بمفهومها القانونى فى التشريع العراقى أحكام مختلفة تنطبق على أفراد فى طوائف مختلفة والمراجع القضائية لهذه الأحكام ومن تحكمهم متنوعة فهناك أحوال شخصية للأجانب ولها قانون خاص برقم ٧٨ سنة ١٩٣١ وقد عدل سنة ١٩٣٨ ومرد النظر فى حادثات الأحوال الشخصية للأجانب المحاكم المدنية كما تشير إلى ذلك الفقرة -- ١ — من المادة الثانية على أن الفقرة الثانية من المادة نفسها قالت للمحاكم الشرعية صلاحية النظر فى المواد الشخصية المتعلقة بالمسلمين الأجانب عندما لم يكن القانون الشخصى المقتضى تطبيقه وفق المادة من هذا القانون مدنيا بل هى الأحكام الفقهية الشرعية أما المواد الشخصية لغير المسلمين من الكتابيين المنتمين إلى طوائف معترف بها فتنظر فى المحاكم المدنية من قبل حكام الأحوال الشخصية الذين هم حكام فى محكمة البداءة ويطبق عليهم فيما

---

(١) مصادر هذه المقدمة :

تاريخ التشريع الإسلامى للخضرى. مجموعة القوانين العثمانية المعربة صادر. مجموعة القوانين العراقية . أصول المرافعات والصكوك فى القضاء الشرعى للمؤلف نفسه .

يختص بالزواج والطلاق والصداق والنفقة الزوجية الأحكام الكنسية وماعداها فتنظر أيضاً فى نفس المحاكم ويطبق عليها الفقه الحنفى وذلك حسب المادة ١١ من بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ أما أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين العراقيين فتنظر فى المحاكم الشرعية ويحكم حادثاتهم القضائية قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والمحاكم الشرعية ذاتها مراجع مختصة للصابئة واليزيدية فى أحوالهم الشخصية إذ أن القانون ذاته يسرى على العراقيين جميعاً إلا من استثنى منهم بقانون خاص وهم لم يستثنوا كما أن المحاكم الشرعية كانت مراجع حادثاتهم القضائية فى أحوالهم الشخصية

خطة مشروع القانون

وروافده

لقد كان منهج اللجنة التى وضعت لائحة مشروع القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ هو تثبيت لأحكام فقهية مصدرها الشريعة الإسلامية على أن تصاغ الأحكام المتفق عليها ويعمل بها من قبل القضاة الشرعيين جميعاً وتترك التفريعات ليطبق كل قاض على الحادثة النص الذى يلائم ذوى العلاقة أو الفقه الذى يستظل بلوائه . وعلى هذا الأساس ترك أمر الترديد فى الأحكام فى لائحة المشروع فلم ينص فيها عند الفلانيين كذا وعند الآخرين كذا . وقد جعلت اللجنة من مصادر تشريع القانون : الأحكام الفقهية التى درجت على اتباعها فى تطبقاتها القضائية حتى أصبحت سوابق مرعية واعرافا قضائية ألفها القضاة والمحامون وعلمها العارفون بأحكام الشريعة والمعنيون . مضيفة إلى المصادر بعض المبادىء الفقهية المرعية فى الفتيا والقضاء عند بعض المذاهب الإسلامية الأخرى دون أن تتقيد بمذهب معين وجعلت من المصادر فى تشريعها قانون الأحوال الشخصية السورى رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ والقوانين الخاصة المصرية الصادرة بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية الصادرة بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ولم تغفل بقية القوانين العربية المشرعة فى هذا الباب والتى أمكنها الاطلاع عليها . وقد صيغت مواد القانون من تلك المصادر التى سبق بيانها فجاءت المواد الموضوعية مبنى ومعنى إحدى وتسعين مادة عداً ، انتظمت مصاحبها البحوث الرئيسة لقواعد الأحوال الشخصية وقد طويت بعض الأبواب والفصول من متن القانون فلم تصغ بمواد إنما بقيت أحكامها على ماهى عليه مدونة فى المتون ويمكن

الرجوع إليها إذا أصبحت تفريعاتها مواضيع المتقاضى . وعدم تشريعها مرده عدم وجود خصومات فيها مثارة لدى المحاكم الشرعية سابقا أو فى تاريخها الحديث والقديم وذلك كأحكام الإيلاء واللعان والظهار وماشابهها من بقية الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية . وبالطبع أن مناط القضاء فيما لم يذكر فى مواد القانون هو الفقه الإسلامى الذى يخضع له المتقاضيان وذوو العلاقة وفق قواعد رسمتها قواعد تنازع القوانين واصول تعيين المرجع .

مقدمة القانون

جري قانون الأحوال الشخصية على ماجرى عليه القانون المدنى العراقى فى بيان كيفية تطبيق النصوص التشريعية الواردة فى القانون وجاء ذلك متسقا مع مقدمة القانون المدنى فى الجمهورية العربية المتحدة ويظهر أن مرد ذلك كله محاكاة القانون المدنى السويسرى[١] فى نهجه .

وقد جاءت المادة الأولى صريحة بالعمل بعبارة النص أو بدلالته وإشارته فإذا لم يوجد نص يمكن العمل به فيرجع إلى الفقه الإسلامى ليعمل بالمبادىء الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون وما يقصد بالملاءمة هنا أنه يرجع إلى المادة المجملة ويتحرى الرأى الفقهى الذى صيغت المادة الأصلية منه أو يؤخذ بأحكام التفريعات التى تتشعب وتتفرع من ذلك الأصل وإذا لم توجد مادة مجملة أو غامضة من هذا القبيل فيقصد بالملائمة الأحكام الفقهية والتفريعات التى تخضع لها طرفا الدعوى المتنازعان .

وبالطبع أن تفسير النصوص القانونية القضائية إنما هو منوط بالمحاكم التى تطبق تلك النصوص وتسير فى ذلك وفق قواعد تطبيق قانون كل من الزوجين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج .

هذه قاعدة تقررت فى المادة الأولى من إتفاقية لاهاى المعقودة فى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٢ وأخذت بها أكثر التشريعات .

وتسترشد فى التفسير للنص بالسوابق القضائية وبالأحكام الصادرة فى الموضوع . . . .

وقد أوضحنا فيما تقدم كيفية سريان هذا القانون على العراقيين وتحديد ذلك .

---

(١) الجزء الأول من مجموعة الأعمال التحضيرية .

تنازع القوانين من حيث المكان

جرى العرف التشريعى فى القوانين المدنية الحديثة أن تبحث فى مقدمتها أحكام تنازع القوانين من حيث المكان وتدخل ضمن ذلك قضايا الأحوال الشخصية خاصة بعد أن تقررت مبادىء كثيرة فى هذه المواضيع فى إتفاقية لاهاى المعقودة فى ١٣ يونية ١٩٠٢[١]. وقد درج على ذلك القانون المدنى العراقى كما جرى تكرار الاشارة إلى ذلك فى قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فى المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية التى تكون مقدمة القانون مايلى : —

تطبق أحكام المواد ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ من القانون المدنى فى حالة تنازع القوانين من حيث المكان . . . وإليك هذه المواد مع بعض التعليقات المجملة عليها .

المادة ١٩ — (١) يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبى وعراقى إذا عقد وفقاً للشكل المقرر فى قانون البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التى قررها قانون كل من الزوجين .

(٢) ويسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .

(٣) ويسرى فى الطلاق والتفريق قانون الزواج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى .

(٤) المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسرى عليها قانون الأب .

(٥) فى الأحوال المنصوص عليها فى هذه المادة إذا كان أحدالزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون العراقى وحده .

الايضاح : قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية كانت قوانين المحاكم الشرعية ترسم للقضاة الشرعيين الطريقة التى يسيرون عليها فى حسم القضايا الشرعية عند اختلاف الزوجين مذهبا وقد بحث قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ ذلك وعندما أدخلت هذه المادة بفقراتها المتعددة فى القانون المدنى المصرى ثار نقاش حول بقائها ضمن لائحة القانون المدنى أو ضمن الأحوال الشخصية فرجح الرأى الأول نظراً للتشريعات الحديثة ولاتفاقية لاهاى التى بحثت الموضوع والذى يظهر للمتأمل أن ما يقصد بالقانون فى هذا الباب هوالأحكام الموضوعية أما الاجراءات من حيث رفع الدعوى فى محاكم معينة فيجرى ترتيب ذلك وفق قوانين المرافعات .

والفقرة الأولى صريحة فى مراعاة قانون الزوجين من حيث الانعقاد فلا يصح زواج مسلمة بغير مسلم أما زواج المسلم بغير مسلمة كالكتابية فيصح .

ولما كان المسؤول عن الانفاق وحماية رعاية الزوجة والأبناء هو الزوج الذى اختار زوجته لذلك سرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها العقد وكذلك يسرى فى الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج ولكن وقت الطلاق

أو وقت رفع الدعوى وهذا المبدأ وسع على الأزواج حريتهم فيما يختص بتصرفهم ولم يخضعهم إلى تقييد التصرف بقانون الزوج وقت العقد . كما أن القانون أخضع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وحقوق الأولاد إلى قانون الأب وهو مبدأ مقبول شرعا ومرعى الجانب لدى محاكم المواد الشخصية . وفي الفقرة الخامسة جعل الأحكام الموضوعية العراقية تطبق على ماتقدم من فقرات إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج . مع عدم الإخلال على مايظهر بالإجراءات المتعلقة بإقامة الدعوى لدى مرجعها المختص وفق الأصول أي لدى حاكم المواد الشخصية إذا كان الزوج أجنبيا .

المادة ٢٠ — المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصها والغائبين يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها .

من حق الدول أن تحمى رعاياها خاصة القاصرين منهم إذ لها الولاية العامة عليهم فهي التي تشرع الأحكام المتعلقة بإدارة أموالهم والمحافظة عليها وتنميتها وكيفية تسليمها إليهم إذا آنست فيهم الرشد أو إذا حضر الغائب وجاء المفقود وهذا المبدأ متسالم على قبوله لدى التشريعات الحديثة .

المادة ٢١ — الإلتزام بالنفقة يسرى عليها قانون المدين بها .

المادة ٢٢ — قضايا الميراث يسرى عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة مايأتي :

(أ) اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه .

(ب) الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك .

المادة ٢٣ — (١) قضايا الوصايا يسرى عليها قانون الموصى وقت موته .

(٢) تطبيق القوانين العراقية فى صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة فى العراق والعائدة إلى متوفى أجنبى وفى كيفية انتقالها .

المادة ٢٤ — المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها . يسرى عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسرى بالنسبة للمنقول قانون الدولة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذى ترتب عليه كسب الحق أو فقده .

إن المبادىء العامة التى تضمنتها هذه المواد تكاد تتسالم على قبولها التشريعات الحديثة وقد أقرت أكثرها الشريعة الاسلامية كانتقال الحقوق إلى الورثة والعمل بأحكام الوصية إذ يتبع فى ذلك قانون المورث وقانون الموصى وقت موتهما وهو تاريخ انتقال الحق إلى الغير . . وكذلك المسؤول بالنفقة أو المدين بها إنما يتبع فى أحكامها قانونه لترتب مسؤولية الإعالة والدفع عليه لذلك كان من العدل أن ترعى الأحكام التى يخضع لها إذ أن الاعالة أثر من آثار عقد الزواج وفى ذلك العقد يتبع قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج : إن المواد المذكورة واضحة المفاد ولا تحتاج إلى تعليق وإنما أثبتت بوصفها أصبحت جزءاً من أحكام الأحوال الشخصية .

إن قانون الأحوال الشخصية العراقى جاء مجملا فيما احتواه من أمهات المسائل تاركا التفريعات إلى الفقه الاسلامى وإلى القضاة فى تطبيق النصوص الملاءمة على المحادثات التى ينظر فيها من قبلهم .

وأبواب القانون عبارة عن تسع فقط وسعت بعض الأبواب منه عدة فصول واقتصر البعض الآخر على فصل أو فصلين ومواده عبارة عن أربع وتسعين مادة عداً .

وقد جاء فى الأسباب الموجبة لتشريع اللائحة أن الغرض من ذلك وضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها فى الأحوال الشخصية التى تتعلق بمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث ومن أهم الأحكام التى أخذت بها اللجنة :

(ا) فى أحكام الطلاق من لزوم إيقاع الطلاق بصيغته الشرعية ولم تعتبر الطلاق المقترن بلفظ الثلاث إلاّ طلقة واحدة .

(ب) شرعت التفريق بين الزوجين من أجل العلل والشقاق والعذر والامتناع عن الانفاق لمنع التعسف من جانب الزوج فى استعمال حقه فى الطلاق .

(ج) أجازت اللائحة للقاضى أن يأذن بتمديد مدة الحضانة إذا تبين أن مصلحة الصغير تقضى بذلك وهو ما أخذت به التشريعات فى البلاد الاسلامية وأفتى به أخيرا .

(د) اعتبرت اللائحة إستمرار الولد فى طلب العلم موجبا للنفقة .

(ه) راعت اللجنة أيضا الانسجام بين أحكام القانون المدنى فى الوصية وبين ماورد فى هذه اللائحة من أحكام .

وقد جاء فى نفس الأسباب الموجبة أيضا أن اللجنة رأت أن قوانين البلاد الاسلامية قد ذهبت فى حكم تعدد الزوجات مذهبين فمنعه التشريع التونسى بصورة مطلقة وعاقب عليه (المادة ١٨) منه وقيد التشريع المغربى المنع بالخوف من عدم العدل (ق — ٣٠) فاختارت اللجنة مذهبا وسطا بينهما فمنعت بالمادة الثالثة الزواج بأكثر من واحدة إلا باذن القاضى ويشترط لاعطاء الاذن أن يكون للزوج كفاية مالية لاعالة مازاد على واحدة وأن تكون هناك مصلحة مشروعة . ومنعت الزواج بأكثر

من واحدة إذا خيف عدم العدل وتركت ذلك لتقرير القاضى . كما أنها نصت على عقوبة الحبس لمدة سنة أو بالغرامة مئة دينار على من يخالف ذلك ولم ترتب على المنع بطلان العقد أو فساده إنما اعتبرت المخالفة الواقعة مخالفة إدارية لتنظيم اعتقدت صلاحه . إن الأسباب الموجبة لم تتضمن كل المبادىء الفقهية المشرعة باللائحة والتى تفترق عما درج عليه القضاء فى أحكامه قبل تشريع اللائحة .

الباب الأول

الزواج والخطبة

أركان العقد وشروطه

الأهلية . تسجيل عقد الزواج وإثباته

الزواج لغة اقتران بالزوجة أو الذكر بالانثى[1] قال فى أساس البلاغة هو زوجها وهى زوجه وزوجته (احشروا الذين ظلموا وأزواجهم . وقرناءهم وزوجت أبلى قرنت بعضها ببعض) . (وإذا النفوس زوجت (وزوجناهم بحور عين) .

ويعرفه الفقهاء بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا[2] وهذا التعريف وإن نسبه المؤلف إلى فقهاء الحنفية إلا أن مذاهب المسلمين عامة تكاد تتفق على الاخذ به .

وهو تعريف غير جامع ولا مانع أى ليس تعريفا بالحد التام كما يعبر المناطقة إذ أن حل التمتع والاستمتاع قصدا ليس هو كل الزواج إنما هو أثر من آثار عقده وهدف من أهدافه .

ولقد درج الفقهاء الاقدمون فى مؤلفاتهم على اتخاذ كتاب النكاح أو باب النكاح عنوانا لبحوث أحكام الاحوال الشخصية وقد اختار الفقهاء المحدثون الذين جمعوا بين تليد الفقة الاسلامى وطريف القانون الحديث تعبير الزواج بدل النكاح وكلا التعبيرين سليم لغةواصطلاحا وقد عرف قانون الاحوال الشخصية العراقى فى الفقرة — ١ — من

---

(١) المعجم الوسيط .　　(٢) كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ٤

المادة الثالثة الزواج بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

وهذا التعريف أخذ من قانون الأحوال الشخصية السورى المشرع سنة ١٩٥٣ومن مادته الأولى وقد عرفته مدونة قانون الأحوال الشخصية المغربية المشرعة سنة ١٩٥٧ بأنه أى الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعى بين رجل وإمرأة على وجه البقاء غايته الأحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بانشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل اعباءها فى طمأنينة وسلام وود واحترام .

وهذه التعاريف جاءت نتيجة النظر فى الآيات القرآنية والاحاديث النبوية التى تطرقت الى الباعث على الزواج وحكمته والحث عليه واليك بعضا من الآيات والاحاديث فى الموضوع .

وهو الذى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتينا صالحا لنكونن من الشاكرين(١)، ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة(٢). ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذرية(٣).

وجاء فى الحديث تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الأمم(٤) وفى حديث آخر إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد(٥).

---

(١) الأعراف رقم الآية ١٨٩ . (٢) الروم رقم الآية ٢١ . (٣) الرعد الآية ٣٨
(٤) التاج الجامع للاصول فى احاديث الرسول ٢ . (٥) المصدر السابق .

وقد جرى العرف أن يسبق عقد الزواج بالخطبه وهذه العادة اقرتها الشريعة وجعلت لها احكاما خاصة تستحق الرعاية والعناية .

والخطبة بكسر الخاء هى عبارة عن ابداء الرغبة بالتزوج بأمرأة معينة وهذه الرغبة قد تفاتح بها المرأة نفسها من قبل الخاطب أو يفاتح بها أهلها ممن يرسله الخاطب فاذا اقترنت المفاتحة بالموافقة فقد تمت الخطبة وقد نهى عن الخطبة على الخطبة فقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له) وقال أيضاً لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب[1] . وقد علق ابن راشد فى بدايته على النهى الوارد بذلك فقال أن النهى ثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أو لا يدل وأن كان يدل ففى أى حالة يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو أنه يفسح قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال بن القاسم انما معنى النهى إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح وأما أن كان الأول غير صالح والثانى صالح جاز وأما الوقت فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا فى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فذكرت له أن اباجهم بن حذيفة ومعاوية بن ابى سفيان خطباها فقال أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه على النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى اسامه .

والذى يظهر بالتأمل فى الأدلة أن المنع لا يقتضى فساد المنهى عنه وترتب أثر عليه قضاء وذلك لعدم حصول عقد نتيجة للخطبة انما المخالفة الحاصلة من ذلك تعلق المنع بها ديانة . ويستحب أن ينظر الخاطب إلى مخطوبته لقول الرسول عليه السلام للمغيرة انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما[1] كما يستحب أن يتخير فى مخطوبته الخلق الفاضل لما روى عن ابى

---

(١) التاج فى احاديث الرسول .

هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام قال تنكح المرأة لاربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك(١).

وعلى كل فالمتفق عليه عند فقهاء المسلمين أن الخطبة إذا تمت لاتعتبر عقدا ولا تترتب عليها آثار العقد وهذا ماأشارت اليه الفقرة — ٣ — من المادة الثالثة من القانون حيث نصت (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقداً) .

لقد بدأت الحكومات العربية على اختلافها تفكر مليا وجديا فى فى ضرورة تنظيم قوانين الأسرة أو العائلة وإيجاد تشريع مستقر مصدره الشريعة الإسلامية ليرجع إليه فى حل مشاكل الأسرة ويكون المرجع فى أحكام القضاة على أن تكون أسس تشريعه عدم التقيد بمذهب معين وأن تقوم بوضع مبادئه وصياغة مادته لجان من ذوى الرأى العلمى والمكانة الفقهية وقد شكلت بالقاهرة عدة لجان من قبل السلطة وابتدأت تشكيلاتها من سنة ١٩١٥ ولم يقدر لها أن تعد مشروعا كاملا إنما كانت تصدر بعض المراسيم بين فترة وأخرى لأحكام هى جزء من أحكام الأحوال الشخصية كالأحكام الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٢) الذى تناول بعض الأحكام كالنص بعدم وقوع طلاق السكران والمكره وغير المنجز وقبول التطليق للضرر ولغيبة الزوج أو لحبسه إلى غير ذلك (٣) .

وكانت إحدى اللجان المصرية المؤلفة سنة ١٩٢٦ تقدمت بتقييد رغبة الرجل فى تعدد الأزواج فاشترطت لتزوج الرجل أخرى ألا يعقدالزواج أو يسجل إلا بأذن القاضى الشرعى ومنع القضاة من الأذن لغير القادر

---

(١) المصدر السابق ومعنى يؤدم بينكما أن تدوم المودة. وتربت يداك أى افتقرت أن لم تفعل .

(٢) الأحوال الشخصية للاستاذ محمد أبو زهرة .

(٣) مدونة قوانين الأحوال الشخصية فى البلاد العربية للاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهى .

على القيام بحسن العشرة والانفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه وغيرهم ، ومع هذا الاقتراح إقتراحات أخرى قبل بعضها بمشروع سنة ١٩٢٩ ولم يقبل البعض الآخر ومن القضايا التى طويت ولم تقبل قضايا تقييد تعدد الزوجات [١] .

أما قانون الأحوال الشخصية فى تونس فقد نص فى المادة — ١٨ — منه بما يلى :

تعدد الزوجات ممنوع والتزوج باكثر من واحدة يستوجب عقابا بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ٢٤٠٠٠ر٠ أو باحدى العقوبتين فقط [٢] .

أما قانون الأحوال الشخصية المغربى فقد جاء فى المادة الثلاثين منه إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد [٣] .

أما القانون العراقى فقد نص على أحكام التعدد بالفقرات ٤ ، ٥ ، ٦ من المادة الثالثة . وهاهى مع بعض التعليقات :

٤ — لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بأذن القاضى ويشترط لإعطاء الأذن تحقق الشرطين التاليين :

(ا) أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة .

(ب) أن تكون هناك مصلحة مشروعة .

٥ - إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضى .

٦ - كل من أجرى عقدا بالزواج باكثر من واحدة خلافا لما ذكر

---

(١) الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة . (٢) مدونة الدكتور صلاح الدين الناهى .

(٣) مدونه الدكتور صلاح الدين الناهى .

فى الفقرتين ٤ ، ٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا تزيد على مائة دينار أو بهما .

الايضاح : إن فكرة تعدد الزوجات لزوج واحد والجمع بينهن أو اقتصاره على واحدة مصدره الآيتان الواردتان فى هذا الباب والمذاهب التفسيرية المختلفة فى استنباط الأحكام المتعلقة بذلك وأولى الآيتين[١] . فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا . أما الآية الثانية (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)[٢] .

فالآية الأولى أناطت جواز التعدد بالعدل فإذا انتفى العدل اقتضى النص الاقتصار على واحدة ثم جاءت الآية الأخرى فنفت امكانية العدل بتاتا وعلى وجه التأييد على رأى من يرى أن « لن » تقتضى فى بعض معانيها التأييد . وواقع ما عليه إجماع المسلمين القول بالتعدد مع العدل وفى إعطاء الحكم الشرعى لاسعة لنا عن الرجوع إلى الرسول الذى أنزل عليه [وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس] وحينما رجع إليه قال اللهم هذا قسمى فيما أملك ولاقدرة لى فيما لا أملك ففهم المسلمون أن العدل يكون فيما يمكن العدل فيه كالنفقة والبيتوتة والأمور المعاشية أما الميل الطبيعى المنبعث عن عاطفة ذاتية فلا تدخل فى القسم إذ لاولاية للإنسان على ذلك . هذه الاتجاهات جعلت بعض الحكومات الاسلامية تتجه إلى منع التعدد أما التشريع العراقى فقد اتجه إلى أنه يجوز للسلطة الحاكمة أن تنظم امور رعيتها فجعلت جواز التعدد موقوفا على إذن القاضى الذى يجب أن يتأكد من وجود مصلحة فى ذلك فإذا لم يأذن القاضى عوقب من أقدم على التعدد بأمر قانونى من السلطة الحاكمة أما العقد فهو صحيح معتبر وتترتب عليه الآثار الشرعية التى تترتب على عقد الزواج الصحيح .

---

(١) النساء . (٢) النساء .

ومما يجب أن يلاحظ فى الانعقاد هو ارتباط الايجاب الشرعى بقبول مثله وتوفر الأركان وشروط الصحة فإذا انعقد الزواج وفق أصوله ترتبت عليه الآثار الملزمة للجانبين كما تشير إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة الثالثة .

(إذا تحقق انعقاد الزوجية لزم الطرفين أحكامها المترتبة عليه حين انعقاده) .

والآية الكريمة [ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف][1] إيضاح لهذه الفقرة وقد يكون محل هذه الفقرة الفصل الثانى الآتى بيانه إذ هى به ألصق .

---

(١) سوره البقرة .

الفصل الثانى

أركان العقد وشروطه

ركن الشيء مايوجد به[1] . ومنشيء الزواج ومكونه عقد شرعى له أركانه وشروطه أما أركانه فهى مقدماته التى تحققه وتوجده وتكون داخله فى ماهيته فيوجد العقد بوجودها وينعدم بانعدامها وركننا عقد الزواج إيجاب وقبول وارتباط الايجاب بالقبول بوجه مشروع هو مايكون انعقاد الزواج وشرائط الانعقاد تكون جزءا من أركان العقد ولما كان فى كل عقد زواج إيجاب وقبول وعاقدان ومعقود عليه فالشرائط التى يجب أن تتوفر فى هذه الأجزاء لترتبط وتكون الانعقاد هى فى الحقيقة تكون كلها أركان الزواج والاخلال بها يبطل عقد الزواج .

وهناك شروط صحة وهى التى بتوافرها يصير العقد صالحا صلاحية تامة لترتب الأثر الشرعى عليه . فإذا تخلف شيء منها فاتت هذه الصلاحية ويعبر عن هذا التخلف بالفساد وهذا بالضرورة لايكون إلا بعد توفر شروط الانعقاد[2] التى هى أركان العقد .

أما شروط النفاذ فهى التى يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل ويكون هذا بتحقق الشروط المعتبرة بعد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة فإذا تخلف شرط من شروط النفاذ كان العقد موقوفا وهو الذى

---

(١) الاختيار .   (٢) أحكام الأحوال الشخصية الدكتور الشيخ تاج .

لاتترتب عليه آثاره بالفعل إلا بعد أجازة من له الحق باجازته وبذلك يرتفع عنه حكم وقفه ويصبح نافذا .

أما شروط اللزوم فهى ما يتوقف عليها استدامة أثر العقد وبقاؤه فلا يكون لأحد من الزوجين أو غيرهما فى عقد الزواج خيار فسخه أو الاعتراض عليه[١]. هذه نقاط إجمالية عن أركان الزواج وشروطه وإليك إيضاحا لهذا المجمل .

قال الفقهاء ينعقد الزواج بايجاب وقبول وعرفوا الايجاب بأنه أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين أما القبول فهو ثانى كلام يصدر من الطرف الآخر .

ومن شرائط الايجاب والقبول أن يكونا بصيغة الماضى أو بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل وهذه الصيغة إن كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا مثل أن يقول زوجنى فيقول زوجتك وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وهذا والصدقة وهذا عند الحنفية وقال الشافعى لاينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج[٢] وعند الأمامية يجب أن يكون العقد زوجتك أو أنكحتك وفى متعتك تردد وجوازه[٣] أرجح أما القانون فجاءت مادته الرابعة بهذه الصيغة (ينعقد الزواج بايجاب — يفيده لغة أو عرفا — من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه) .

وبالطبع لكل بلد أو مجتمع عرفه الشائع فيه وقد يكون العرف حجة ومصدراً للتشريع والحكم فيما اعتاده الناس وفيما لم يرد فيه نص يحكم بخلافه أو ينهى عنه . ومعرفة كونه عرفا شائعاً بين الناس ومتسالماً على

---

(١) المرجع السابق . (٢) الهداية . (٣) الشرائع .

استعماله إنما يعلمه الخبراء المطلعون العارفون بعادات وأعراف البلد أو المجتمع الذى يحيون فيه فقد تستعمل قبيلة بدوية ألفاظا للتزويج لا يستعملها أبناء الحضر ولكن مايجب ملاحظته إمكانية أداء المعنى بالألفاظ التى تستعمل فى عقود الزواج . أى يجب أن تكون العبرة فى العقود للمعانى بدلالة الألفاظ والمبانى وبالقرائن التى تحتملها الألفاظ المستعملة .

ومما يشترط فى الايجاب أو القبول اتحاد المجلس وعدم وجود مايدل على الأعراض بعد أن صدر من أحد العاقدين إيجاب وقد نصت المادة على صحة قيام الوكيل مقام موكله وبالطبع أن ذلك يشير لمن له أهلية التوكيل من العاقدين . أما زواج الصغار من البنين والبنات والحفدة من قبل أوليائهم فلم تتطرق إلى ذلك المادة وليس معنى ذلك عدم صحة العقد أو انعقاده إنما جعل مرد ذلك إلى أحكام الشريعة الأكثر ملاءمة لمن عقد له العقد .

ويشترط أن يكون العاقدان ممن لهم أهلية العقد . ومن الأهلية العقل وهو شرط فى الانعقاد فلا ينعقد نكاح المجنون والصبى الذى لا يعقل أصلا ومنها البلوغ وهو شرط للنفاذ فإذا عقد الصبى الذى يعقل فلا ينفذ عقده إلا بإجازة الولى[1] .

الشرط الثانى أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهم أن المقصود منه إنشاء الزواج .

أما مايشترط فى المعقود عليه عقد الزواج فهو مايلى :

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة الجزء الرابع .

أولا — أن يكون المعقود عليه رجلا والمعقود عليها أنثى محققة الانوثة فيخرج بذلك الانسان المشكل .

ثانياً — ألا تكون المعقود عليها محرمة على الرجل تحريما قطعيا لاشبهه فيه وذلك موجب لبطلان العقد لحرمة أصلية وبطلانه محل اتفاق بين أئمة المسلمين وهذه المحلية الاصلية أى الحرمة الابدية غير المحلية الفرعية التى تقتضى الحرمة الموقتة فالعقد مع وجود الحرمة الاصلية أى المؤبدة يوجب بطلان العقد ومع الحرمة الفرعية أى المؤقتة يوجب فساده.

مايشترط فى صيغة العقد :

يشترط فى الصيغة أن تكون منجزة خالية من التعليق على الشرط ومن الاضافة إلى الزمن المستقبل .

والتعليق المبطل هو ماكان الشرط المعلق عليه محتمل الوجود فى المستقبل ومحتمل العدم كما إذا قال للمرأة أن قدم فلان غدا من سفره تزوجتك وكذلك إذا كان الشرط محقق الوقوع فى المستقبل وعلق زواجه عليه أو علقه على مستحيل الوقوع كل ذلك يعتبر مبطلا لعقد الزواج أما إذا كان الشرط الذى علق عليه الزواج محقق الوجود فى الحال فلا تأثير لهذا التعليق ويصح العقد على التعليق على الموجود فعلا لانه فى حكم المنجز .

أما إضافة الزواج إلى زمان مستقبل كقوله تزوجتك بعد شهر فتقول المرأة قبلت فهذه الاضافة مبطلة للعقد وذلك لأن عقد الزواج شرع ليفيد حكمه فى الحال[1].

---

(١) احكام الزواج والطلاق فى الاسلام الاستاذ بدران .

اقتران صيغة الزواج بالشرط :

يرى فقهاء الحنفية أن الشرط الذى يلائم العقد أو هو من مقتضياته أو لا يتنافى مع العقد تجب مراعاته ويعمل به ولا تأثير له على العقد وجوداً وعدما كما إذا اشترطت المرأة على زوجها دفع معجل صداقها أو اشترط الزوج عدم خروجها من بيته إلا بإذنه أما إذا كان الشرط مخالفا للشريعة ولا يتفق ومقتضيات العقد فالشرط باطل والعقد صحيح كأن تشترط عليه أن لا يطلقها أو يشترط هو على أن لا ينفق عليها أما إذا كان الشرط لم يرد فيه نص بأمر أو نهى فقد قال فقهاء الحنفية لا تجب مراعاته ولا تأثير لذلك على العقد .

وقسم الحنابلة الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة فالشروط الصحيحة هى ما كانت مشتملة على منفعة لأحد العاقدين ولم يرد نهى من الشارع عنها كما إذا اشترط الرجل أن تكون الزوجة جميلة أو بكراً أو متعلمة أو اشترطت المرأة على من يتزوجها أن لا يخرجها من بيت أهلها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها فهذه الشروط عندهم تكون صحيحة يلزم الوفاء بها فإذا لم تتحقق كان لها فسخ عقد الزواج .

وحجتهم قوله (عليه الصلاة والسلام) أن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج ولانه شرط لا يمنع المقصود من الزواج فكانت لازمة .

أما الشروط غير الصحيحة فهى ما ورد من الشارع النهى عنها ومن ذلك ما إذا اشرطت المرأة على الزوج أن يطلق ضرتها فقالوا لا يصح لنهى النبى أن تشترط المرأة طلاق اختها واحتج الحنفية بأن مثل هذه الشروط لا يقتضيها العقد وتحرم الحلال وتحل الحرام فتكون باطلة ويصح العقد[1].

---

(١) أحكام الزواج والطلاق فى الاسلام الاستاذ بدران .

وعند الأمامية إذا اشترط فى العقد مايخالف المشروع مثل أن لايتزوج عليها أولا يتسرى بطل الشرط وصح العقد والمهر (وكذا لو شرط تسليم المهر فى أجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا) لزم العقد والمهر وبطل الشرط ولو شرط أن لايقتضيها لزم الشرط ولو أذنت بعد ذلك جاز عملا باطلاق الرواية وقيل يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع وهو تحكم[1].

وقد جاء فى اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية يجوز اشتراط مايوفق به الشرع فى عقد النكاح سواء كان من مقتضى عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل فى القسم والنفقة أو يشترط عليها أن يتزوج عليها متى شاء أو يتسرى فلو شرط مايخالفه لغا الشرط وصح العقد والمهر كاشتراط أن لايتزوج عليها وأن لايتسرى . وهذا يماثل رأى فقهاء الأحناف القائلين بأن النكاح لاتبطله الشروط الفاسدة ومن فقه الامامية أيضا إذا اشترطت عليه أن لايخرجها من بلدها أو يسكنها منزلا معينا أو الايسافر بها يصح العقد والشرط معاً ولكن إذا أخلف لايحق لها الفسخ ولو امتنعت عن الانتقال معه فى مثل هذه الحالة تستحق جميع الحقوق الزوجية من النفقة وما إليها .

وقد جاءت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية العراقى مصاغة من فقه الحنابلة على مايظهر وإليك نصها.

فقرة — ٣ — الشروط المشروعة التى تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها .

فقرة — ٤ — للزوج طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترطت ضمن عقد الزواج .

---

(١) الشرائع .

يرى فقهاء الحنابلة أن الشروط الصحيحه هى الشروط المشروعة التى لم يرد بها نهى ولا مخالفة لأوامر شرعية وفيها نفع لأحد العاقدين وتخلفها يجعل حقا للمشروط له طلب فسخ النكاح فإذا اشترطت المرأة أن لا يتزوج عليها أو أن لا يفرق بينها وبين أولادها أو أبويها أو اشترطت زيادة فى مهرها فان هذه الشروط كلها صحيحة لازمة ليس للزوج التخلص منها .

وكذا إذا اشترط الرجل أن تكون بكراً أو جميلة أو سميعة أو بصيرة فبانت أنها ثيب أو قبيحة المنظر فله حق فسخ النكاح لقول عمر رضى الله عنه مقاطع الحقوق عند الشروط وقد قضى بلزوم الشروط (١) .

وقد قبلت الجمهوريه التونسية فى احوالها الشخصية مبدأ خيار الشرط حيث جاء فى الفصل — ١١ — يثبت فى الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو مخالفته امكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أى غرم إذا كان الطلاق قبل البناء .

كما جاء فى قانون الأحوال الشخصية المغربى الصادر سنة ١٩٥٧ الفصل الواحد والثلاثون للمرأة الحق فى أن تشترط فى عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها وأنه إذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح .

وقد قبل قانون حقوق العائلة الأردنى الصادر سنة ١٩٥١ فى مادته الحادية والعشرين اعمال الشرط النافع لأحد الطرفين فى عقد الزواج كأن تشترط الزوجة أن عقد النكاح بيدها أو أن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها .

فإذا خالف الشروط يفسخ النكاح بطلب الزوجة ذلك . وقد قبلت

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة .

سورية فى قانون أحوالها الشخصية الصادر سنة ١٩٥٣ مبدأ اشتراط الزوجة شروطا فى عقد الزواج وطلب فسخ النكاح عند تخلف نفاذ هذه الشروط(١).

شروط صحة الزواج

يشترط لصحة عقد الزواج شرطان : الأول الشهادة عليه ، الثانى المحلية الفرعية أما الشهادة فقد قال الحنفية ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين أو رجل وأمرأتين ولا بد فى الشهود من صفة الحرية والاسلام ولا تشترط العدالة وكون الشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح إلا بشهود .

وأما صفة الشهود فقد قال الأحناف كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ولابد فيه إعتبار الحرية والعقل والبلوغ فى الشاهد ولا بد من اعتبار الاسلام فى نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم(٢). وليلاحظ أن شهود الانعقاد غير شهود ثبوت العقد ولذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيره والغرض من ذلك الاعلان لخطورة شأن العقد . والحنفية مع الشافعية ومع الحنابلة أن الاعلان يختص بالشهادة على العقد أما مالك فإنه يقول بأن الشهادة ضرورية لابد منها ولكن لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك فإذا قال الولى زوجتك فلانة وقال الزوج قبلت انعقد النكاح وأن لم يحضر أحد . ولكن يجب أن يحضر شاهدان عند الدخول بها ولا بد

---

(١) مرجع المواد للقوانين المختلفة . مدونة قوانين الأحوال الشخصية للدكتور صلاح الدين الناهى .
(٢) الأختيار لتعليل المختار .

أن يشهد شاهدان غير الولى فلا يجوز ويرفع الفسخ حضور الولى وإذا عقد الولى من غير شهود ثم تفرقا فلقى الولى شاهدين فقال لهما أشهدكما بأننى زوجت فلانا لفلانة ولقى الزوج شاهدين غيرهما فقال لهما أشهدكما بأننى تزوجت فلانة يصح ويقال لهذه الشهادة شهادة الأبداد — أى المتفرقين — وهى تكفى فى النكاح فيكون على الزوج شاهدان وعلى الولى شاهدان. ويجب أن يكون شاهدا الولى غير شاهدى الزوج فإن كان شاهدا أحدهما عين شاهدى الآخر فلا تكون الشهادة شهادة أبداد ولكن يكفى ذلك فى العقد إذ لا يلزم فيه أن يكون الشهود أربعة (١)

أما الإمامية فقالوا لا يفتقر النكاح فى صحته إلى شهود ودليلهم إجماع الفرقة وأيضاً قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولم يذكر الشهود وانكحوا الايامى منكم مثل ذلك(٢).

وقد اعتبرها قانون الأحوال الشخصية من الشرائط الواجب توفرها حيث نص فى الفقرة (د) من المادة السادسة على عدم انعقاد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلى :

(د) شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

والأهلية القانونية هى العقل والبلوغ.

وقد اشترطت الفقرة رقم (د) من المادة السادسة نفسها استشهاد شاهدين لزواج الغائب حيث نصت.

٢ — ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه.

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الرابع. (٢) المجلد الثانى من كتاب الخلاف للطوسى.

والظاهر أن هذه الفقرة مستمدة من الفقه الحنفى لأن فقه الإمامية يرى عدم صحة العقد بالكتابة من الغائب .

هذه كلمة إجمالية تتعلق بالشرط الأول لصحة عقد الزواج وهى الشهادة عليه .

أما الشرط الثانى فهو المحلية الفرعية وذلك أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل بدليل ظنى أو كان تحريمها مما يخفى أو يشتبه أمره أو كان مما يخالف فيه بعض العلماء كتزوج الأمة على الحرة وتزوج المعتدة من طلاق بائن وتزوج أخت المطلقة التى لا تزال فى العدة وكالجمع بين اثنين كلتاهما محرم للأخرى فالزواج فى هذه الحالات فاسد لعدم المحلية الخاصة ولا يحل فيه الدخول بالمرأة .

ويجب فيه التفريق بين الرجل والمرأة جبراً فإذا لم يحصل بعد هذا العقد الفاسد دخول فلا يترتب عليه شىء من آثار الزواج أما إذا حصل دخول وهو معصية فإنه مع وجوب التفريق بينهما تترتب عليه بعض الآثار فيجب فيه للمرأة الأقل من المسمى ومهر المثل .

وتجب عليها العدة ويثبت نسب الولد من الرجل إن حصل حمل من ذلك الدخول ولكن لا يثبت به حق التوارث بين الزوجين (١) .

أما شروط النفاذ فقد قال فقهاء الحنفية يشترط لنفاذ عقد الزواج وترتب آثاره عليه بالفعل شروط :

الأول أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا تولى العقد بنفسه أو وكل به غيره وكمال الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية .

---

(١) مصدر هذه الحالة وهى المحلية الفرعية وما يتعلق بها (أحكام الأحوال الشخصية) للأستاذ الدكتور الشيخ تاج .

أما إذا عقد العقد غيرهما من غير توكيل وهو عقد الفضولى فيكون موقوفا وإذا عقده الزوجان وهما مميزان فيكون موقوفا على أجازة وليهما وإذا كانا عديمى الأهلية أى الزوجين فيكون العقد باطلا ولا تجدى فيه أجازة الولى إذ العقد الباطل لا تلحقه أجازة .

وقد أثبت الفصل الثالث من قانون الأحوال الشخصية وفى المادة السابعة منه فقره — ١ — الأهلية حيث قال يشترط فى أهلية الزواج العقل والبلوغ . ولم يجعل هذين ضمن شروط الانعقاد أو الصحة إذ المفروض أنها متوفرة .

وهذان الشرطان يعتبران شروط نفاذ كما قرر الفقهاء ذلك أما إذا كان الزوجان عديمى العقل أو غير مميزين فيعتبر الانعقاد غير موجود ابتداء . ويتحقق البطلان وفى ناقصى الأهلية كتوفر العقل والتمييز فيجوز أن تلحقه أجازة الولى ومن هذا القبيل عقد الفضوليين يصح أن تلحقهما إجازة الزوجين .

وقد بحثت الفقرة — ٢ — من المادة السابعة نفسها حالة ما إذا كان أحد الزوجين مريضا عقلياً حيث قالت : للقاضى أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير طبى أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه فى مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولا صريحا .

وقد انيطت بالقاضى صلاحية الإذن بذلك بوصفه ذا ولاية عامة وقد أثبت فى الفقرة بعض القيود الاحترازية التى يجب على القضاة ملاحظتها وهو كون الزواج فى مصلحة المريض عقليا وبالطبع أن ذلك يقـــدره إخصائيون الأمراض العصبية وكونه أى الزواج لا يضر بالمجتمع وقبول الزوج الآخر السوى بذلك قبولا صريحاً إذ هو الذى سيتحمل الضرر وعليه تقع نتائج تضحيته لذلك اشترط فى عقد كهذا قبوله الصريح .

وقد استمد المشرع العراقى المادة هذه بفقرتيها من القانون السورى بعد تحوير فى الفقرة الثانية التى جاءت فى القانون السورى بالصيغة الآتية (للقاضى الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيأة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد فى شفائه) .

وقد جاءت المادة الثامنة من الفصل الثالث المتعلقة بالأهلية بالصيغة التالية :

(تكمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة) .

ومعنى المادة أن البلوغ يتحقق بأحد أمرين وهى إما العلامات التى تظهر على الفتى والفتاة وإما إكمالهما سنا معينة وقد نصوا فيما يختص بالعلائم قائلين : وبلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال إذا وطىء. وبلوغ الفتاة بالحيض والاحتلام والحبل فإذا لم تظهر هذه العلامات فيكون بلوغهما بالسن وهو بلوغهما تمام الثامنة عشرة وقال أبو حنيفة فإن لم يوجد ذلك أى أمارات البلوغ فحتى يتم الفتى ثمانى عشرة سنة لقوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة كذا قال ابن عباس وهو أقل ماقيل فى الأشد فينبغى الحكم عليه للتيقن به وإن لم تظهر العلائم المختصة بالفتاة فحتى يتم لها سبعة عشر سنة لأن الإناث نشؤهن وإدراكهن أسرع من إدراك الذكور فنقصا منه سنة [1] .

أما المراهق أو المراهقة اللذان يدعيان البلوغ وهما لم يكملا السن الثامنة عشرة بعد فللقاضى أن يأذن بزواجهما إذا تبين صدق دعواهما وقابليتهما البدنية بعد موافقة الولى الشرعى فإذا تعنت الولى دون سبب شرعى فللقاضى أن يأذن بالزواج غير ملتفت إلى رأى الولى .

---

(١) الجوهرة النيرة .

والاتجاه الذى جنحت إليه قوانين الأحوال الشخصية فى البلاد العربية هو تحديد سن الزواج بالنسبة للعاقدين بسن البلوغ إلا أنهم اختلفوا فى تحديده فمجلة الأحوال الشخصية تحدده فى تونس بالنسبة للمرأة بتمام الخامسة عشر والرجل بتمام الثامنة عشر وتزوج احدهما دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من الحاكم وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعى .

وفى القانون المغربى تكمل أهلية النكاح فى الفتى بتمام الثامنة عشرة وفى الفتاة بتمام الخامسة عشرة فى العمر .

وفى قانون حقوق العائلة الأردنى أهلية النكاح للخاطب الثامنة عشر وللخاطبة سن السابعة عشرة من عمرها وهو عين ما اتجه إليه قانون الأحوال الشخصية فى سورية وفى هذه القوانين إذا روجع القاضى قبل إكمال هذه السن لاستحصال إذن بالزواج وادعى البلوغ فللقاضى الإذن بعد أخذ رأى الولى .

وتطبيقات القضاء العراقى فى صحة عقد الزواج هو ثبوت بلوغ الزوجين عند إنشائه بعد ثبوت كونهما عاقلين .

شرائط اللزوم :

ما يقصد باللزوم هو عدم استطاعة أحد الطرفين أو غيرهما فسخه ويتصور ذلك حينما ينعقد الزواج بعد توفر أركانه وشرائط صحته وشروط نفاذه وقد يتحقق كل ذلك إلا الزوجة فقد تختار زوجها وهو دونها كفاءة مما يجعل عائلتها أو أسرتها قالة بألسنة الناس فلوليها حق الاعتراض وكذا إذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل فللولى حق الاعتراض لدى

القاضى وفسخ النكاح. وكذلك قد يزوج الصغير والصغيرة وليها وكان غير أبيهما وغير جدهما فلهما حق الفسخ إذا بلغا وذلك مايسمى بخيار البلوغ ومن هذا القبيل ما إذا ابتلى الزوج بأمراض من نوع خاص لا يمكن معها للزوجة البقاء مع زوجها إلا بضرر كالجذام فلها حق طلب فسخ النكاح . وهذه الحالات ينتقض بسببها اللزوم .

الفصل الثالث

تسجيل عقد الزواج وإثباته

هذا الفصل يتعلق بأمور تنظيمية توثق الزواج ببينات تحريرية يرجع إليها عند التجاحد والتقاضى فى المدى البعيد والقريب إذا تشاق الزوجان ولم يستطيعا العيش مشتركا ولم يوجب المشرع ذلك إذ قد يكون فيه حرج خاصة على أبناء القرى والأرياف والقبائل التى اعتادت العيش المتنقل ولذلك جعل التسجيل اختياريا وقد يرغب فيه الناس الآن لأن كثيراً من المعاملات الرسمية يحتاجها الرجل المتزوج ويحتاج إلى مايثبت ذلك ولغرض استحصال دفاتر النفوس بعد تثبت ولادات الأولاد فى سجلات دوائر النفوس الرسمية وتيسير مايحتاج إليه من أمور إقتصادية تتوقف على معرفة أفراد عائلته وأولاده ومن يعيلهم أو مايتعلق بمخصصات غلاء معيشته واعفاءآت الضريبة وغير ذلك. ولا يتيسر الحصول على ذلك مالم يجر تسجيل الزواج وفق أصوله.

ونقصد من ذلك أن التسجيل أصبح حاجة تكاد تكون ضرورية فى المجتمع.

ومع هذا فإن وجود الزواج وثبوته لايتوقفان على بينة تحريرية فيجوز ثبوته بالبينة الشخصية سواء كان ذلك يتعلق بعقد الزواج أو المهر أوكل الآثار التى تترتب على العقد ذاته.

وقد رسمت المواد التالية طريقة التسجيل فى المحكمة المختصة التى هى المحكمة الشرعية. وإليك هى :

المادة العاشرة : يسجل عقد الزواج فى المحكمة المختصة بدون رسم فى سجل خاص وفقاً للشروط الآتية :

١ — تقديم بيان بلاطابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعى من الزواج على أن يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختـــار المحلة أو القرية أو شخصين معتبرين من سكانها .

٢ — يرفق البيان بتقرير طبى يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التى يشترطها القانون .

الإيضاح : هذه معاملات إدارية تسبق إصدار حجة العقد ويجب أن يسجل العقد فى سجل خاص وتصدر به حجة بعد أن يوقع من ذوى العلاقة (العاقدين أو وكلائهما) والشهود والقاضى . والمفروض أن الحجة تتضمن الجهات المهمة التى تضمنها البيان .

الفقرة — ٤ — يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق أصولها بلا بينة وتكون قابلة التنفيذ فيما يتعلق بالمهر مالم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة .

الإيضاح : هذه الفقرة إعتبرت هذه المستندات الصادرة وفق أصولها حججا ذات فقرات حكمية لها قابلية التنفيذ إذ أنها تعدل قوة المستندات التى قبل تنفيذها القانون مباشرة .

ولاشك أن المستند المذكور يعتبر بينة كافية لإثبات الزوجية عند وقوع التجاحد . ويجب أن يتقيد بما تشير إليه الحجة فيما يتعلق بالمهر من حيث معجله ومؤجله وماقبض ومابقيت به الذمة مشغولة وعلى هدى ذلك يجرى التنفيذ .

المادة الحادية عشرة — ١ — إذ أقر أحد لإمرأة أنها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعى أوقانونى وصدقته ثبتت زوجيتها له بإقراره .

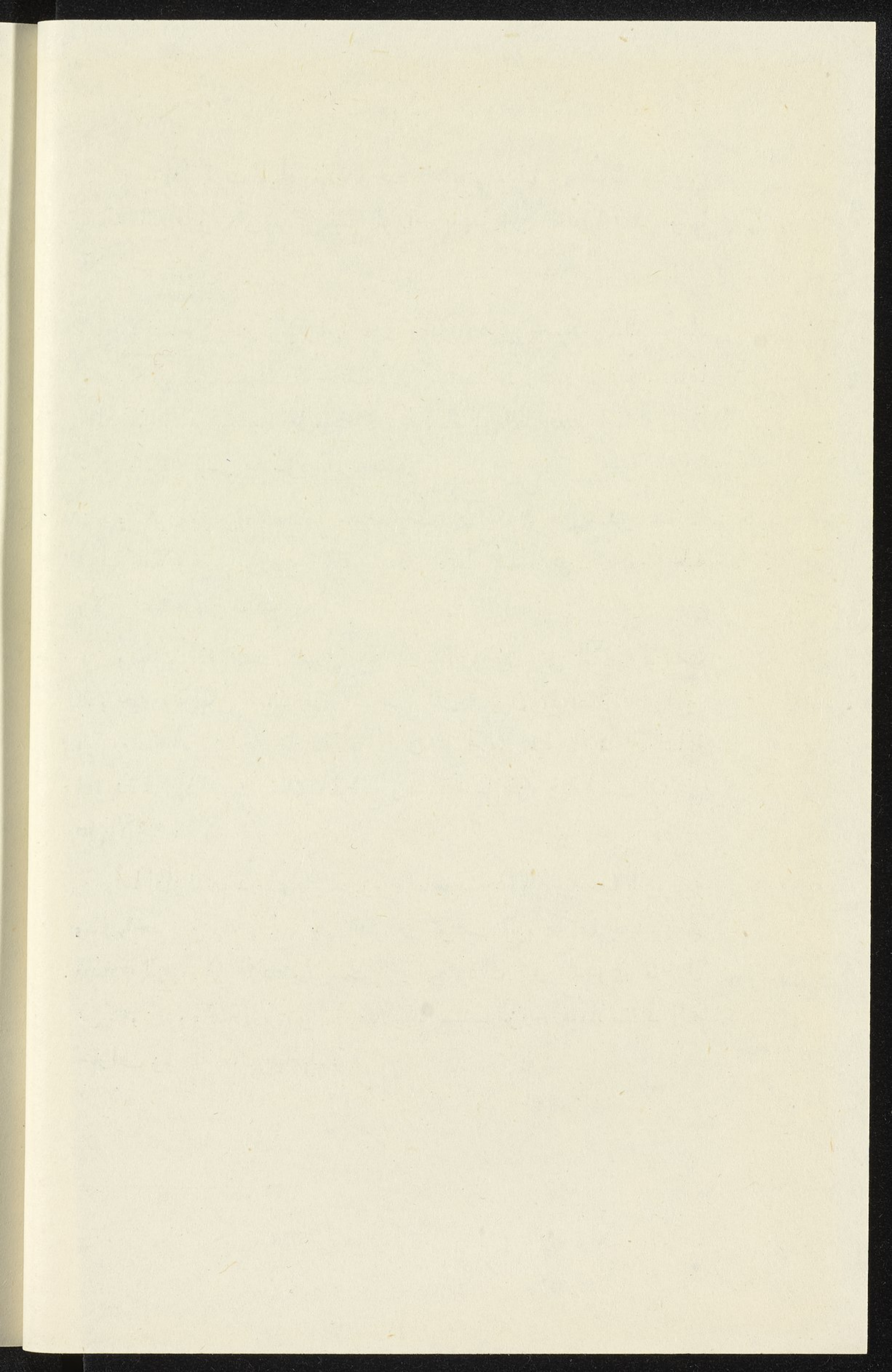
٢ — إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلانا وصدقها فى حياتها ولم يكن هناك مانع قانونى أو شرعى ثبت الزواج بينهما وإن صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج .

الإيضاح : يعتبر الإقرار أقوى سند أو دليل للحكم ولذلك أسماه بعض القانونيين سيد الأدلة وذلك لأن أسباب الحكم عدا الإقرار مبناها الظن بينما الإقرار مبناه العلم وإذا كان يحكم بالدليل الظنى فمن باب أولى أن يحكم بالدليل الذى مصدره العلم واليقين .

وليكون الإقرار معتبراً وملزما يجب أن يكون من صدر عنه ذا أهلية كاملة وهى كون المقر عاقلا بالغاً مختاراً غير محجور عليه ولا مريضاً مرض موت .

ولذلك إذا أقيمت دعوى من أحد الزوجين على الآخر لإثبات الزوجية ولم يكن هناك مانع شرعى كأن تكون المرأة زوجة للغير أو معتدته أو زوجة خامسة أو يكون محكوماً عليه بالأشغال الشاقة المؤيدة أى إذ انتفت تلك الموانع وتصادقا على الزوجية فتثبت للمدعى على الآخر .

أما إذا رفعت الدعوى من قبل زوجة ما على شخص مدعية عليه بالزوجية وقبل أخذ اعترافه والجمع بين الطرفين توفيت الزوجة فما يصدر من مصادقة الزوج على الإدعاء لا يثبت الزوجية وذلك لأن الدعوى تتحول من دعوى زوجية إلى دعوى إرث وقد يستند الزوج فيما يستند إليه اعتراف زوجته حال حياتها .



الباب الثاني

الفصل الأول

المحرمات وزواج الكتابيات

مر بنا فى بحث شرائط إنعقاد الزواج ألا تكون المعقود عليها محرمة على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه وذلك موجب بطلان العقد لحرمة أصلية . وبطلانه محل اتفاق بين أئمة المسلمين وهذه المحلية الأصلية أى الحرمة الأبدية غير المحلية الفرعية التى تقتضى الحرمة المؤقتة إذا العقد مع وجود الأولى يوجب بطلان العقد ومع الثانية يوجب فساده ومصدر التحريم صراحة النص القطعى والسنة المتواترة وما وقع عليه الإجماع . ولقد أحاطت الآيتان الكريمتان بمعظم المحرمات من النساء وأهم أقسامها وإليك إياها :

(أ) – ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف أنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا[1] .

(ب) حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف أن الله كان غفورا رحيما[2] .

---

(١) سورة النساء الآية ٢٢

(٢) الآية (٢٣) من سورة النساء .

مدار البحث فى الآيتين هو حرمة النكاح لأقسام معينة من النسوة وقد أوضحت الآية الأولى نكاح نساء الآباء أما الآية التى تليها فأبانت تحريم سبع من النسب وست من الرضاع والصهر والحقت السنة المتواترة بذلك تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ووقع عليه الإجماع(١) .

فالسبع المحرمات من النسب :

١ — الأمهات .

٢ — البنات .

٣ — الأخوات .

٤ — العمات .

٥ — الخالات .

٦ — بنات الأخ .

٧ — وبنات الأخت .

أما المحرمات بالرضاع والمصاهرة فهن .

(ا) الأمهات من الرضاعة .

(ب) الاخوات فى الرضاعة

(ج) أمهات النساء .

(د) الربائب .

(هـ) خلائل الأبناء .

(و) الجمع بين الأختين .

فهؤلاء ست والسابعة منكوحات الأبناء والثامنة الجمع بين المرأة

---

(١) نيل المرام للسيد محمد صديق حسن.

وعمتها وبينها وبين خالتها وذلك للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها فإنكم إن فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن)[١] .

وفى المسألة الأخيرة هذه قال فقهاء الجعفرية ومن توابع المصاهرة تحريم أخت الزوجة جمعا لا عينا وبنت أخت الزوجة وبنت أخيها إلا برضا الزوجة ولو أذنت صح وله إدخال العمة والخالة على بنت أخيها وأختها ولو كره المدخول عليهما ولو تزوج بنت الأخ أو بنت الأخت على العمة أو الخالة من غير أذنهما كان العقد باطلا[٢] .

والرضاع المحرم ما كان فى مدة الرضاع وهى حولان عند الشافعية والجعفرية وكذلك رأى أبى يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة حولان ونصف وقال مالك حولان وشهر وقد اختلف فى قدر الرضاع المحرم فقال أبو حنيفة كثيرة وقليله سواء فى التحريم وهو مذهب مالك والأوزاعى وقال الشافعى إنما يحرم خمس رضعات : وعند الإمام الرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم[٣] وشد العظم وإنما يعتبر ذلك برضاع يوم وليلة لا يفصل بينه برضاع امرأة أخرى وقال بعض الإمامية الرضاع المحرم عشر رضعات متواليات وأما كيفية الرضاع فهو وصول اللبن إلى الجوف واختلف الفقهاء فى واسطة الإيصال فمنهم من اشترط الفم كالإمامية ومنهم من لم يشترط ذلك كالحنفية[٤] .

والمحظيات من النساء إلا ما ملكت إيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ماوراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم

---

(١) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلى .
(٢) الشرائع للمحقق الحلى . (٣) مجمع البيان للطبرسى .
(٤) الفقه الاسلامى ومشروع القانون المدنى الموحد المؤلف

به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما (١) .

عطفت هذه الآية على آية المحرمات من النساء أى وحرمت عليكم النساء المتزوجات إلا ما ملكت إيمانكم شراء فإنهن إن كن متزوجات واشتريتموهن فإن نكاحهن ينفسخ لخروجهن من ملك سيدهن الذى زوجهن . وأصل التحصن التمنع ومنه قوله تعالى لتحصنكم من بأسكم أى لتمنعكم والحصان المرأة العفيفة لمنعها نفسها والمراد بالحصان ذوات الأزواج وذلك أحد معانى الاحصان وقد يرد بمعنى الحرة ومنه قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات وقد يرد بمعنى العفة ومنه قوله تعالى محصنات غير مسافحات وقد يجىء بمعنى المسلمة ومنه قوله تعالى فإذا احصن اى اسلمن .

وبعد أن أوضحت الآية المحرمات أكدت حل ماعدا ذلك بعقد النكاح وتكلمت الآية عن استحقاق المهر بعد استمتاع الرجل بإمرأته وجواز زيادة ذلك إضافة للمهر السابق .

ويرى الإمامية أن الاستمتاع المقصود به هنا هو عقد المتعة وأن الزيادة بعد الفريضة هى فى مقابل تمديد المدة .

ومن المحرمات مؤقتا معتدة الغير وأخت مطلقته التى لم تنقض عدتها ولا رابعة حتى تنقض عدة مطلقته وسواء كان الطلاق بأبائنا أو رجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه ببقاء العدة والنفقة والسكنى . وكذلك لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى مثنى وثلاث

---

(١) الآية ٢٤ من سورة آل عمران .

ورباع نص على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهن وروى أن غيلان الديلمى أسلم وتحته عشرة نسوة فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقى[١] .

ومن المحرمة على الرجل مطلقته ثلاثا لقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون .

فإن طلقها فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا أن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون[٢] .

وممن لا يحل التزوج بهن (المشركات) لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا[٣] .

والمراد بالمشتركات الوثنيات . لأن لفظ المشرك لا يتناول أهل الكتاب بدلالة قوله تعالى « مايود الذين[٤] كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم » . وآية[٤] « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن » صريحة فى جواز زواج الكتابيات .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار .

(٢) الآية الأولى رقم ٢٢٩ ، والثانية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

(٣)رقم الآية٢٢١ من سورة البقرة.

(٣) المائدة رقم الآية ٥ . (٤) سورة البقرة الآية ١٠٥ .

وقالت الإمامية أن تعبير المشركات يعم الكتابيات لأن أهل الكتاب مشركون وقالت اليهود عزير ابن الله . وقالت النصارى المسيح ابن الله[١] وأما ماجاء بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، تحمله على من أسلم منهن أو نخصه بنكاح المتعة وهو جائز عندنا[٢] .

هذه مجمل الأحكام الفقهية التى تتعلق بهذا الفصل وتكاد تتفق عليها الآراء الفقهية لأئمة المسلمين إلا مسألة أو مسألتين . ولقد صاغ المشرع العراقى من مجمل هذه الأحكام الفقهية مواد هذا الفصل وإليك هى مع بيان ما يقتضى أيضا :

المادة الثانية عشرة : يشترط لصحة الزواج أن تكون المرأة غير محرمة شرعا على من يريد التزوج بها .

المادة الثالثة عشرة — المعدلة — أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هى القرابة والمصاهرة والرضاع . والمؤقتة الجمع بين زوجات يزدن على أربع وعدم الدين السماوى والتطليق ثلاثا وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة وزواج إحدى المحرمين مع قيام الزوجة بالأخرى .

المادة الرابعة عشرة — ١ — يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمة وجدته وإن علت وبنته وبنت ابنته وإن نزلت . وأخته وبنت أخته وبنت أخيه وإن نزلت وعمته وعمة اصوله وخالته وخالة اصوله .

٢ — ويحرم على المرأة التزوج بنظير ذلك من الرجال .

المادة الخامسة عشرة — يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التى دخل بها وأم زوجته التى عقد عليها وزوجة أصله وإن علا وزوجة فرعه وإن نزل .

---

(١) التوبه رقم الآية ٣٠ . (٢) كتاب الخلاف للطوسى .

المادة السادسة عشرة : كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا فيما استثنى شرعا .

المادة السابعة عشرة: للمسلم أن يتزوج كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم .

المادة الثامنة عشرة : اسلام أحد الزوجين قبل الآخر تابع لأحكام الشريعة فى بقاء الزوجية أو التفريق بين الزوجين .

ونظراً لما بيناه وأجملناه نرى ضرورة التعليق على نقطتين —

١ — التحريم بالرضاع .

٢ — واسلام أحد الزوجين .

فالرضاع لغة المص وشرعا مص لبن آدمية فى وقت مخصوص وقليل الرضاع وكثيره إذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم وذلك عند الحنفية ومدته عند ابى حنيفة ثلاثون شهرا وقال أبو يوسف ومحمد سنتان فإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع لقوله عليه السلام لارضاع بعد الفصال وسواء وصل اللبن إلى جوف الطفل من ثدى أو مسعط أو غيره فإن حقن به لم يتعلق به تحريم فى المشهور وإن أقطر فى اذنه لم يحرم[1].

ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب إلا أم اخته أو أخيه من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز أن يتزوج أم اخته أو اخيه من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة ابيه بخلاف الرضاع واخت ابنه من الرضاع فإنه يجوز له أن يتزوجها ولا يجوز له أن يتزوج أخت ابنته او ربيبته بخلاف الرضاع[2].

وكذلك لأخ الرضيع أن يتزوج اخت اخيه . من الرضاع كما لغيره من

---

(١) الجوهرة النيرة . (٢) اللباب .

حواشيه وذلك لأن الحرمة بالنسبة للرضيع لاتسرى إلا على فروعه فقط فلآبائه أن يتزوجوا بأم المرضعة وأخواته من الرضاع وكذلك لحواشيه من أعمامه وأخواله واخوته كذلك اما المرضعة فتحرم اصولها وفروعها وحواشيها دائماً فلا يحل للرضيع ولا فروعه التزوج منها واما زوجها ذو اللبن فذلك تسرى الحرمة منه إلى اصوله وفروعه وحواشيه فلا يحل الرضيع احد منهم[١].

وأما عند الأمامية : فانتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط :

اولا ان يكون اللبن عن نكاح. الثانى الكمية وهو ماانبت اللحم وشد العظم وينشر الحرمة ان بلغ الخمس عشرة رضع يوماً وليلة ويعتبر فى الرضعات المذكورة قيود ثلاثة ان تكون الرضعة كاملة وأن تكون الرضعات متوالية وأن يرتضع من الثدى. الشرط الثالث ان يكون فى الحولين ويراعى ذلك فى المرتضع لقوله صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد فطام. الشرط الرابع ان يكون اللبن لفحل واحد[٢].

مسئلة (٧٣) : إذا حصل بين صبيين الرضاع الذى يحرم مثله فإنه ينشر الحرمة إلى اخوتهما وإلى اخواتهما وإلى من هو فى طبقتهما ومن فوقهما من آبائهما وقال جميع الفقهاء خلاف ذلك[٣].

اما مايتعلق بأسلام احد الزوجين فقد قال فقهاء الحنفية وإن اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض القاضى عليها الإسلام فإن اسلمت فهى امراته وان ابت عن الإسلام فرق القاضى بينهما لأن نكاح المجوسية حرام ابتداء وبقاء ولم تكن هذه الفرقة طلاقا لأن الفرقة من قبلها والمرأة ليست بأهل للطلاق فإن كان الزوج قد دخل بها فلها المهر المسمى

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة . (٢) الشرائع
(٣) كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى .

لتأكده بالدخول فلا يسقط بعد الفرقة وإن لم يكن قد دخل بها فلا مهرلها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وإذا اسلمت المرأة وزوجها كافر وهو يعقل الإسلام عرض عليه القاضى الإسلام فإن أسلم فهى امرأته وإن أبى من الإسلام فرق القاضى بينهما لعدم جواز بقاء المسلمة تحت الكافر وكان ذلك التفريق طلاقا بائنا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هى فرقة من غير طلاق . وإذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فبقاء أولى[1]. أما عند الأمامية فلا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعا وفى تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان أشهرها المنع فى النكاح الدائم والجوازولو ارتدأحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال وسقط المهر إن كان من المرأة ونصفه إن كان من الرجل ولو وقع بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة من ايهما كان ولا يسقط شىء من المهر لإستقراره بالدخول .

وأما غير الكتابيين فاسلام أحد الزوجين موجب لإنفساخ العقد فى الحال إن كان قبل الدخول وإن كان بعده وقف على إنقضاء العدة ولو انتقلت زوجة الذمى إلى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ فى الحال ولوعادت إلى دينها وهو بناء على أنه لا يقبل منها إلا الإسلام . وإذا اسلم الذمى على أكثر من أربع من المنكوحات بالعقد الدائم استدام اربعا من الحرائر أو امتين وحرتين[2].

وتكاد تتفق القوانين العربية للاحوال الشخصية على وحدة الأحكام فيما يختص بالمحرمات أبديا ومؤقتا كما أن بقية البلاد العربية التى لم تشرع أحوالها الشخصية تتفق فى ذلك باعتبار أن مرجع احكامها الفقه الإسلامى وهو مصدر ماقنن فى هذا الباب .

---

(١) اللباب للميدانى (٢) الشرائع الأحوال الشخصية

الباب الثالث

الحقوق الزوجية واحكامها

الفصل الأول

المهر

المهر ويسمى الصداق أيضاً وهو فى اللغة دفع المال المشعر بالرغبة فى عقد الزواج فيكون المعنى اللغوى مقصوراً على ماوجب بالعقد ويكون اخص من المعنى الشرعى لأن المعنى الشرعى يتناول مادفع للمرأة وبوطء الشبهة أو فى النكاح الفاسد . أما معناه اصطلاحا فهو اسم للمال الذى يجب للمرأة فى عقد النكاح[1].

وذكره فى العقد ليس شرطاً فى صحة العقد ولاركنا من أركانه وانما أمر الشارع بمباركة الزواج بعطاء المهر حيث قال فى كتاب الله وآتو النساء صدقاتهن نحله . وأحل لكم ماوراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين[2] لخطورة شأنه وتكريما لهذه الرابطة واشعارا بترتب نفقة الزوجة على زوجها منذ تكوين هذه الرابطة ولما كان المهر غير مقصود لذاته بالزواج وعلى هذا الأساس لو تزوجها مع نفى المهر أو دون مهر فيعتبر العقد صحيحا ولها مهر المثل .

وقد قال فقهاء الحنفية اقل المهر عشرة دراهم ولا فرق بين أن تكون

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة . (٢) النساء آية رقم ٢٤ .

مضروبة أولا فإذا أمهرها أقل من عشرة دراهم فان العقد يصح وتجب لها العشرة وقد استدلوا لذلك بما رواه ابن أبي حاتم من حديث لا مهر اقل من عشرة دراهم وماورد من أن النبي اجاز النكاح بأقل من ذلك كما قال للاعرابي التمس ولو خاتما من حديد فإنه محمول على المعجل الذي يسن فإنه يندب أن يعطى الرجل للمرأة شيئاً[1] ولم يحدد لأكثره ومقتضى النص عدم التحديد لأكثره (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً اتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم إلى بعض واخذن منكم ميثاقاً غليظاً)[2].

ويرى فقهاء الأمامية ان الصداق ماتراضيا عليه مما يصح ان يكون ثمناً لمبيع قليلا كان او كثيراً ودليل ذلك «وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم»[3] فجعل لها بالطلاق قبل الدخول نصف المسمى ولم يفصل القليل من الكثير[4].

والذي يظهر من المادة التاسعة عشرة فقرة — ١ — والتي جاءت بالصيغة التالية : (تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فإن لم يسم اونفي اصلا فلها مهر المثل)انهالم تعين حداً اعلى ولا حدا ادنى للمهر انما اعتبرت المهر المسمى بالعقد وهو ما اتفق عليه الطرفان وذلك ما اتجهت اليه قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية فقد جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل — ١٢ — مايلي :

كل ماكان مباحا مقدماً بمال تصلح تسميته مهراً ويجب ان لايكون تافها ولاحد لأكثره وهو ملك المرأة.

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة .
(٢) سورة النساء رقم الآية ٢٠
(٣) سورة البقرة رقم الآية ٢٣٧ .
(٤) الخلاف في الفقه للطوسي .

وجاء فى القانون المغربى مايلى :

مايصح التزامه شرعا صلح أن يكون مهـــراً . لاحد لأقله ولا لأكثره .

وكذلك قانون حقوق العائلة الاردنى وقانون الاحوال الشخصية السورى لم يثبتا حداً لاقله ولا لأكثره .

وقد اثبت القانون العراقى بعض الأحكام المتعلقة بالمهر وترك البقية إلى الأحكام الفقهية الملائمة وإليك ماشرعه القانون :

٢ — إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات احدهما فيمكن استرداد ماسلم عينا وان استهلك فبدلا .

٣ — تسرى على الهدايا احكام الهبة .

الإيضاح : لما كان المهر يستحق بالعقد ويتأكد كله بالدخول وحيث لم يوجدا فما استلمه ذوو المخطوبة على أمل إجراء العقد بوصفه جزءاً من المهر يكون أمانة فى أيديهم يجب إرجاعه إلى صاحبه عينا إن وجد وإن استهلك فبدلا وذلك لأن يد المستهلك انقلبت إلى يد ضمان .

أما الفقرة الثالثة فقد أوضحت أحكامها المادة (٦١٢) من القانون المدنى العراقى حيث نصت على مايلى :

(الهبات والهدايا التى تقدم فى الخطبة من أحد الخطيبين للاخر أو من أجنبى عنهما لأحدهما أو لهما معا يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائماً وممكنا رده بالذات) .

وبالطبع أن الهبة أو الهدية إنما قدمت بأمل الزواج وإحكام الرابطة

الزوجية بين الطرفين فإذا لم يجر العقد وعدل الطرفان عن إتمامه وجب إرجاع ما استلمته المخطوبة إذا كان قائماً أما إذا استهلك أوجد مايمنع الرجوع فى الهبة فتكون الهبة غير مضمونة من قبل الموهوب لها .

وقد أوضحت المادة (٦٢٣) من القانون المدنى موانع الرجوع فى الهبة وهاهى :

(أ) أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا أزال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) أن يموت أحد المتعاقدين .

(ج) أن يتصرف الموهوب له فى الموهوب تصرفا مزيلا للملكية نهائياً فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع فى الباقى .

(د) أن تكون الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة .

(ه) أن تكون الهبة لذى رحم محرم .

(و) أن يهلك الموهوب فى يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب أجنبى أو بسبب الاستعمال فاذا أهلك بعضه جاز الرجوع فى الباقى وكذلك إذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة إذا طحنت دقيقا .

(ز) أن يعطى للهبة عوض يقبضه الواهب بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فاذا كان العوض بعض الموهوب فللواهب أن يرجع فى الباقى وإذا استحق العوض عاد حق الرجوع .

(ح) أن يهب الدائن الدين للمدين .

(ط) أن تكون الهبة صدقة .

المادة العشرون : ١ — يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضاً وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف .

٢ — يسقط الأجل المعين فى العقـــد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق .

الإيضاح : يجوز أن ينص فى عقد الزواج على كيفية دفع المهر ويجوز أن لا ينص إنما يتبع العرف فى تجزئته إلى قسمين وجعله معجلا ومؤجلا وقبض المعجل منه سلفا قبل إجراء العقد وتأخير المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة ، ولذلك قال فقهاء الأحناف وإن سمى المهر ولم يذكر شىء خاص بتأجيله أو تعجيله يتبع عرف البلد الذى كان فيه العقد لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . وبعض الفقهاء يقول إذا لم ينص على مؤجل ومعجل كان الأصل هو التعجيل أى يجب تقديم المهر كله قبل الدخول لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد لأنه حكم من أحكامه وعقد الزواج لاتتراخى أحكامه عن أسبابه فكان الواجب تعجيله بمجرد تمام العقد ولكنه يؤخر بالشرط ولاشرط فيبقى الأصل[١].

وعند الجعفرية يجوز اشتراط مايوافق به الشرع فى عقد النكاح كشرط تأجيل المهر أو بعضه إلى أجل معين[٢] وهو أى الصداق يملك عند الجعفرية بأجمعه للزوجة بالعقد ملكا متزلزلا ويستقر بأحد أمور أربعة الدخول إجماعا وردة الزوج عن فطرة وموته وموتها فى الأشهر ولها التصرف فيه قبل القبض[٣].

وإذا اتفقا على أجل معين لأداء المهر فيعتبر ذلك الاتفاق إلا أن

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهره . (٢) اللمعة الدمشقية .
(٣) المرجع السابق .

الأجل يلغو إذا انتهت العلاقة الزوجية بالطلاق وكذلك يلغو بالوفاة إذ تصبح الديون المؤجلة معجلة والمهر من هذا القبيل .

المادة الحادية والعشرون : تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت أحدالزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول

الإيضاح : الأصل فى المهر أن يكون مالا أو منفعة لها قيمة تقدر بمال فاذا كان المهر المسمى غير ذلك فلا تصح التسمية ويجنح إلى مهر المثل ذلك مايراه فقهاء الحنفية وقد قالوا إذا تزوج امرأة على أن يعلمها القرآن أو قدراً معينا منه فيجب مهر المثل لأن هذه منفعة لا يصح أن تقابل بمال وقالوا فى حديث سهل بن سعد الذى يروى فيه أن رسول الله عليه الصلاة والسلام زوج رجلا من إمرأة بما معه من القرآن أنه لم يجعل مهر الزوجة تعليمها القرآن إنما زوجها من غير مهر أو أعفاه مما جرت العادة بتقديمه من المهر خصوصية له بفضل ماحفظه من القرآن إذا كان يريد إعفاف نفسه وليس قادرا على شيء يصلح مهرا أو معجلا من المهر (١).

والمال يجب أن يكون متقوما معلوما وفى عقد صحيح وهذا المهر المسمى يتأكد كله بالدخول أو بموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول وبالخلوة الصحيحة عند الحنفية وذلك لأنهم يعتبرونها كالدخول فى النكاح الصحيح لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار إمرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل وروى زرارة بن أبى أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة والخلوة الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعا وشرعاً فى مكان يأمنان فيه اطلاع غيرهما عليهما (١) وعند الجعفرية

---

(١) احكام الأحوال الشخصية الأستاذ الدكتور الشيخ تاج . (٢) الاختيار لتعليل المختار .

الأصح عدم اعتبار الخلوة فى حكم الدخول على ما بينه الطوسى فى كتاب الخلاف فى الفقـــه بعد أن بين الآراء الفقهية المختلفة فى ذلك .

المادة الثانية والعشرون — إذا وقعت الفرقة بعد الدخول فى عقد غير صحيح فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثلى وأن لم يسم فيلزم مهر المثل .

الايضاح : هذه حالة تتعلق بالمهر المسمى فى النكاح الفاسد إذا حصل فيه الدخول .

وقد مر بنا تعريف النكاح الفاسد وهو ما فقد شرطا من شروط الصحة فالزوجة المطلقة بعد توفر ما ذكرته المادة تستحق الأقل من المهر المسمى أو المهر المثلى وإن لم يكن هناك مسمى فيجب مهر المثل وذلك لأن الحرمة قائمة وانها مانعة شرعا فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل إذ هو الموجب الأصلى لما مر ولا يتجاوز به المسمى لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقدم بالتسمية فإن نقصت عن مهر المثل لا تجب الزيادة عليها لعدم التسمية وإن زادت لا تجب الزيادة لفساد التسمية [١] .

اما الحالات التى يجب فيها مهر المثل فهى عند نفى المهر فى العقد او عدم التسمية أو فسادها كما إذا كان المسمى غير مال اصلا كالميتة والمنفعة التى لا تقوم بمال كأن يجعل مهرها السكنى فى بلدة معينة اومع اهلها وكذلك إذا كان فى تسمية المهر جهالة فاحشة وكذلك يجب مهر المثل فى نكاح الشغار وهو عبارة عن تزويج كل من الوليين موليته للاخر

(١) الاختيار لتعليل المختار .

على أن يكون زواج كل منهما صداقاً للاخر وهو زواج جاهلى نهى عنه الإسلام بحديث لاشغار فى الإسلام وقداتجه بعض أئمة الفقه إلى بطلان هذا العقد وفساده لأن النهى يقتضى فساد المنهى عنه كفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية أما الحنفية فقد قالوا بصحة العقد وبطلان التسمية وذلك لشغور العقد من المهر أى خلوه وإذا خلا فيجب مهر المثل . ويقدر مهر المثل بنظائرها واشباهها فى قوم ابيها . وإذا طلق الرجل امراته قبل الدخول وقد سمى لها مهراً فى العقد فتستحق نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم[1].

ووجوب نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول والخلوة لايكون إذا كان المهر مسمى بالعقد نفسه ويلحق بهذا الطلاق كل فرقة قبل الدخول والخلوة كانت بسبب من جهة الرجل سواء اعتبرت طلاقا ام فسخاً فى معنى الطلاق وذلك كالفرقة بسبب الإيلاء او اللعان او اباء الزوج عن الإسلام إذا كانت الزوجة على مثل دينه ثم اسلمت وكالفرقة بسبب عيوب الرجل من الجب والعنة مما يثبت فيه الخيار للزوجة سواء اعتبرت طلاقاً كما هو مذهب محمد ام اعتبرت فسخاً كما هو مذهب ابى حنفية وابى يوسف إذا انها حينئذ فسخ فى معنى الطلاق .

فإن كانت التفرقة التى هى بسبب من جهة الزوج فسخا من كل وجه فلا يجب فيها شىء وهى الفرقة بسبب خيار بلوغه إذا كان الذى زوجه وهو صغير غير الاب والجد[2].

---

(١) الآيه ٢٣٧ من سورة البقرة .

(٢) احكام الأحوال الشخصية للاستاذ الدكتور الشيخ تاج .

اما المتعة فتجب فى حالة واحدة وهى للمطلقة قبل الدخول والخلوة إذا لم يسم المهر فى حالة العقد تسمية صحيحة .

وهى عبارة عن كسوة كاملة حسب العرف مما تناسب حالة الرجل يساراً واعساراً وسند ذلك قوله تعالى : «لا جناح عليكم أن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين»[١].

وقال أبو حنيفة إذا تنازع الزوجان فى قدره المتعة وجب لها نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لأن أقل المهر عشرة دراهم وقال مالك والشافعى لا حد لها معروف بل مايقع عليه اسم المعروف . والمتعة عند الجعفرية خادم أو كسوة أو رزق[٢].

أما المتعة المستحبة فهى للمطلقات بعد الدخول والخلوة سواء سمى لها مهر أم لا اضافة إلى المهر الواجب لعموم الآية الكريمة «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين»[٣].

وعند استعراض أحكام المهر المشرعة فى قوانين البلاد العربية التى شرعت أحكام الأحوال الشخصية فى بلادها نجد أن كل ماتضمنته مجلة الأحوال الشخصية التونسية التى قننت سنة ١٩٥٦ فيما يتعلق بأحكام المهر عبارة عن مادتين جاءت أولاهما بأن كل ماكان مباحا مالا يصلح تسميته مهراً شريطة أن لايكون تافهاً ولا حد لأكثره وهو ملك المرأة تتصرف به كيف شاءت .

أما المادة الثانية : فقالت ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا

---

(١) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة . (٢) مجمع البيان للطبرسى .
(٣) الآية ٢٤١ من سورة البقرة .

لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا فى ذمته ليس للمرأة إلا المطالبة به ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق .

وفى القانون المغربى جاءت أحكام المهر فى تسع مواد تتعلق فى ملكية المرأة لصداقها ولا تجبر بعمل اثاث أو مفروشات منه . وصحة تعجيل المهر وتأجيله . واستحقاق المهر كله بالموت أو بالدخول .

وابرزها فى قانون حقوق العائلة الأردنى من تشريع فى أحكام المهر هو عدم استطاعة الزوجة المطالبة بمهرها المؤجل إذا عين له أجل بعد حلوله ولو جرى طلاقها قبل ذلك إلا إذا توفى الزوج فيسقط الأجل . كما أن فيه حكماً آخر وهو إذا ثبت عجز الزوج عن دفع المعجل كله أو بعضه بإقرار الزوج أو بالبينة فللزوجة أن تطلب إلى القاضى فسخ الزواج والقاضى يمهله شهراً فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما اما إذا كان الزوج غائباً وانقطع خبره ولا مال له حاضرا فإنه يفسخ دون امهال .

أما التشريع السورى فهو يشبه التشريع العراقى إلى حد كبير وجاء فيه بأن زواج الرجل بأكثر من مهر المثل فى مرض موته يجرى على الزيادة فيه حكم الوصية . وجاء فيه جواز الزيادة فى المهر بعد العقد من قبل الزوج أو الحط منه من قبل الزوجة إذا قبل الآخر وهو رأى فقهاء الحنفية ويرى فقهاء الجعفرية أن مايجرى على ذلك احكام الهبة .

الفصل الثاني

نفقة الزوجة

النفقة فى اللغة مشتقة من النفاق وهو الهلاك يقال نفق فرسه إذا هلك سميت بذلك لما فيها من جرف المال واهلاكه وفى الشرع عبارة عن استحقاق النفقة بنسب او سبب[1]. وسند ترتب النفقة الزوجية صراحة النص فى كتاب الله : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا »[2] وآية « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »[3].

وقوله تعالى « ينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا »[4].

والآيتان الثانية والثالثة تتعلق بالمطلقات باعتبار ان علاقة الزوجية لا تزال باقية فى المطلقة رجعياً وفى البائن الحامل وفى البائن ايضاً المعتدة على رأى جمهرة من فقهاء المسلمين وفى مقدمتهم الإمام ابو حنيفة وحديثاً إبدأ بمن تعول . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف .

وقد قال فقهاء الحنفية بشرط لوجوب النفقة على الزوج شروط احدهما : ان يكون العقد صحيحاً فلو عقد عليها فاسداً او باطلا وانفق عليها ثم ظهر فساد العقد او بطلانه فإن له الحق فى الرجوع عليها بما انفقه وذلك لأن النفقة انما تجب على الرجل فى نظير حبس المرأة وقصرها عليه .

---

(١) الجوهرة النيرة .
(٢) سورة النساء آية ٣٤ .
(٣) سورة الطلاق آية ٦ .
(٤) السورة السابقة آية ٧ .

الشرط الثانى : استعداد المرأة وقابليتها للمناسبة الجنسية أو للاستمتاع بها فإذا كانت تصلح للخدمة والأساس بها وأمسكها فى بيته فإن النفقة وتجب لها أيضا .

الشرط الثالث : أن تسلم نفسها وإلا كانت ناشز فلا تجب لها نفقة والناشزة هى التى تخرج من بيت زوجها دون إذنه بغير حق أو تمتنع من تسليم نفسها إليه فلا تدخل داره .

الشرط الرابع : أن لا تكون معتدة عدة وفاة[1] .

ويرى فقهاء الأمامية كذلك عدم وجوب نفقة الصغيرة والناشزة والبائن[2] ومعتدة الوفاة .

وقد صيغت مواد القانون فى أحكام الزوجية من الفقه الإسلامى وتكاد تتفق المذاهب الفقهية الإسلامية على أحكامها إلا تفريعات معدودات سنوضحها عند التعليق على مواده .

المادة الثالثة والعشرون —

١ — تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة فى بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالإنتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق .

٢ — يعتبر إمتناعها بحق مادام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها .

يقول فقهاء الحنفية تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها فى منزله حقيقة أو حكما والعقد وحده لا يوجب النفقة فإذا مضت مدة لم ينفق عليها سقطت ولذلك قيل عند الحنفية أن النفقة لا تقضى

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة .

(٢) الخلاف فى الفقه للطوسى .

أى لا تكون دينا فى الذمة إلا من تاريخ القضاء بها أى الحكم أو تاريخ الرضا أى المصالحة على دفع قدر معين يبدأ من تاريخ معين ويعللون ذلك بأن النفقة لم تجب عوضا عن ملك المتعة قصدا إنما هذا المعنى التمتع ترتب عوضا عن المهر والنفقة ترتبت بسبب قصر الزوجة نفسها وتفرغها لواجبات الزوج لذلك جعلت صلة ورزقا وقد تجب النفقة رزقا لقوله تعالى «وعلى المولود رزقهن» والرزق اسم لما يذكر صلة والصلات لا تملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضى أو بالتزامه بالتراضى . ونستطيع أن نقول من شرائط ترتب النفقة وجود العقد الصحيح الذى يسبق التسليم .

والتسليم الحقيقى هو انتقال الزوجة الكبيرة أو من كان فى حكم الكبيرة إلى بيت الزوج وأما التسليم الحكمى فهى من كانت فى بيت أبيها ومستعدة للانتقال إلى بيت زوجها ولم تظهر تمنعا فى ذلك ويعتبر بحكم التسليم من إمتنعت عن الإنتقال بحق كما إذا لم يوفها معجل صداقها ففى هذه الحالة تستحق النفقة أيضا .

وقد قال الليث فى تحفة الفقهاء : أما نفقة الزوجات فتجب بسبب استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح عندنا وعند الشافعى تجب بسبب الزوجية حتى أن عنده تجب النفقة للصغيرة والكبيرة والمريضة وغيرها وإنما تسقط بسبب النشوز من جهتها .

أما عند الامامية فقد قال المحقق الحلى فى شرائع الإسلام : وفى وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين .

وما إتجه إليه الفقه الشافعى وفقه الامامية قضاء نفقة الزوجة خلافا للفقه الحنفى .

المادة الرابعة والعشرون : —

١ — تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا فى ذمة زوجها من وقت إمتناع الزوج عن الانفاق .

٢ — تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى ولوازمها وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التى يكون لأمثالها معين .

الإيضاح : الفقرة الأولى تعتبر نتيجة طبيعية للمادة الأولى وهو وجوب النفقة وترتبها من تاريخ العقد الصحيح وإذا كان الأمر كذلك فإذا لم ينفق فتكون النفقة دينا بذمته إلا إذا وجد مسقط وهو النشوز وهو ماعليه القضاء الجعفرى أى أن الظاهر بعد ثبوت الزوجية مع الزوجة فإذا كان لدى الزوج مسقط فعليه إثبات دفعه .

أما الفقه الحنفى فيرى أن الأصل إذا كانت هنالك زوجية وحياة مشتركة هو انفاق الزوج وصرفه على بيت الزوجية وعلى هذا يكون ظاهر الحال مع الزوج فإذا كان لدى الزوجة ما يثبت ترك الانفاق أو إخراجها من داره فلتثبت هى الزوجة ولذلك تترتب عليها كلفة الاثبات بوصفها مدعية بالنفقة والقاعدة الفقهية وهى حديث نبوى تقول البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

أما الفقرة الثانية فقد فصلت ما يشمله تعبير النفقة وقبل الخوض فيما ذكرته الفقرة نذكر آراء الفقهاء فى ذلك فقد قال فقهاء الأحناف النفقة شرعا كما قال هشام سألت الأمام محمدا عن النفقة فقال هى الطعام والكسوة والسكنى[1] .

أما عند الامامية فقد قالوا وأما قدر النفقة فضابطه القيام بما تحتاج إليه المرأة من طعام وأدام وكسوة واخدام وآلة الأدهان تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد[2] .

---

(١) اللباب للميدانى شرح القدورى .　　(٢) الشرائع للمحقق الحلى .

وآية وعاشروهن بالمعروف (١) تقتضى وجوب معاملتها كما لو كانت فى بيته بما تعورف من الصرف على زوجة أمثاله بنسبة حاله وحالها يسرا وعسرا وقد ذكر الفقهاء أن من لوازمها ما تحتاجه المرأة لزينتها وكذلك نفقة خادم إذا كان أمثالها ممن يستعين بمعين ومرد مارجعت إليه الفقرة الثانية فى تعداد أصناف النفقة هو العرف بعد أن ذكرت الحاجيات الآساسية التى تعتبر ضرورة طبيعية لحفظ المهج وبقاء الحياة .

المادة الخامسة والعشرون : لانفقة للزوجة فى الأحوال الآتية :

١ — إذا تركت بيت زوجها بلا إذن وبغير وجه شرعى .

٢ — إذا حبست عن جريمة أو دين .

٣ — إذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعى .

الإيضاح : يتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم بأن الزوجة الناشزة لا نفقة لها على زوجها ومن النشوز ترك الزوجة بيت زوجها الذى تساكنه فيـــه دون إذن وبغير وجه شرعى والقيدان احترازيان إذ أن الاذن يبطل النشوز فإذا استأذنته لزيارة جيرانها أو للسفر لرؤية اهلها الذين هم خارج بلدتها فأذن فيكون النشوز قد انتفى وكذلك إذا تداعى الدار أو انقضت جدرانه وتركته وزوجها خارج بلدته فلاتكون فى هذه الحالة ناشزا وكذلك تتوقف نفقة الزوجة إذا حبست عن جريمة أو دين وقال الحنفية إلا إذا كان هو الذى حبسها فى دين له .

وكذلك امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها للسكنى معه حيث يقيم لآية أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم إلا إذا كان امتناعها لعذر

---

(١) سورة النساء الآية ١٩ .

شرعي كأن تكون إقامتها فى قرية مع زوجها يهدد صحتها وهى مصابة بمرض يستدعى معالجتها فلها أن تقيم فى مدينة أهلها لمعالجة مرضها

ويعدد فقهاء الحنفية من لا نفقة لهن من الزوجات وهن :

(أ) الزوجة الصغيرة التى لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع إلا إذا أمسكها الزوج فى بيته للاستئناس بها .

(ب) المريضة التى لم تزف إلى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلا .

(ح) الزوجة التى تسافر إلى الحج ولو لاداء فريضة دون أن يكون معها زوجها لانفقة لها مدة غيابها وإن سافرت مع محرم لها فإن سافر زوجها وأخذها معه فلها نفقة الحضر ونفقة السفر ولوازمه وإن سافرت هى وأخذت زوجها معها فلها عليه نفقة الحضر لا نفقة السفر .

(د) الزوجة المحترفة التى تكون خارج البيت نهارا وعند الزوج ليلا إذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلانفقة لها مادامت خارجة.

(ه) إذا حبست المرأة ولو فى دين لاتقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها إلا إذا كان هو الذى حبسها فى دين له .

(و) الناشزة وهى التى خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه بغير وجه شرعى يسقط حقها فى النفقة مدة نشوزها .

(ز) المنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة لانفقة لهما[1].

أما عند الامامية فانما تجب نفقة الزوجة بالعقد الدائم دون المنقطع بشرط التمكين الكامل وهو أن تخلى بينه وبين نفسها قولا وفعلا فى كل زمان ومكان يسوغ فيه الاستمتاع . ولذلك فلا نفقة للصغيرة ،

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

ولا للناشزة الخارجة عن طاعة الزوج ولو بالخروج من بيته بلا إذن ومنع لمس بلا عذر [١].

ولو سافرت فى واجب بغير إذنه كالحج لم تسقط نفقتها أما لو سافرت بغير إذنه فى مندوب أو مباح سقطت نفقتها وكذا تسقط نفقة البائن وسكناها سواء كانت عن طلاق أو فسخ .

المادة السادسة والعشرون :

ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرتها فى دار واحدة بغير رضاها وليس له إسكان أحد من أقاربه معها إلا برضاها سوى ولده الصغير غير المميز .

الإيضاح : يقول فقهاء الحنفية السكن من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وإذا أوجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها .

وقيل لا إنما يمنعهم من القرار والدوام ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعه وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح [٢] . وعند الامامية ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشارك غير الزوج [٣] وذكر فى اللمعة وشرحها ما يقارب التعبير السابق حيث قال (وجنس المأدوم والملبوس والمسكن يتبع عادة أمثالها) فى بلد السكنى لا فى بيت أهلها (ولها المنع مشاركة غير الزوج) فى المسكن بأن تنفرد ببيت صالح لها ولو فى دار لا بدار لما فى مشاركة غيره من الضرر .

المادة السابعة والعشرون :

تقدر النفقه للزوجة على زوجها بحسب حالتهما يسراً وعسراً .

(١) الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملى الشهيد الثانى .
(٢) نقلت عبارة النص من الهداية (٣) الزرائع .

الإيضاح : يرى قسم من فقهاء الحنفية أن تقدير النفقة يعتبر فيه حال الرجال من اليسار والإعسار دون حال المرأة لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله[١] . أما صاحب الهداية فقد قال: ويعتبر فى ذلك (أى فى تقدير النفقة) حالهما جميعا وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى . وتفسيره : أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الاعسار وإن كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخى رحمة الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » .

وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند إمرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقر فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لاتفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة . وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لامعنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعى رحمه الله أنه على الموسر مُدّان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لأن مايوجب كفاية لايتقدر شرعاً فى نفسه وأما عند الإمامية : فالواجب على الزوج القيام بماتحتاج إليه المرأة التى تجب نفقتها من طعام وأدام وكسوة واسكان واخدام وآلة الدهن والتنظيف ، من المشط والدهن والصابون تبعا لعادة أمثالها من بلدها لأن الله تعالى قال : (وعاشروهن بالمعروف)[٢] . ومن العشرة به الإنفاق عليها بها يليق بما عادة ولايتقدر الاطعام بمد

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندى الآية رقم ٧ من سورة الطلاق .
(٢) سورة النساء الآية رقم ١٩ .

ولا بمدين ولا غيرهما بل (المرجع فى الإطعام إلى سد الخلة) وهى الحاجة [١] .

وقد تعرض الفقهاء بحثا كيفية تقدير النفقة وفرضها أى تفرض نقودا أم تقدر بأصناف خاصة من الأطعمة والأقمشة . فقد ذكر فقهاء الحنفية أن ذلك موكول للقاضى فإنه يجب عليه أن ينظر إلى حال الزوج أو إلى حالهما معا ثم ينظر إلى حال الزوجة فإن كان من مصلحتها أن يفرض لها أصنافا من حبوب وقماش وآنية ونحو ذلك فعل وإن كان من مصلحتها النقود فرض لها نقودا وينظر إلى ماهما عليه من عادة وعرف ويفرض لها كل يوم أو كل شهر أو سنة حسبما يرى المصلحة فى الصرف فإذا كان موظفا ينقد راتباً شهريا فرض لها كل شهر وإذا كان عاملا ينقد كل أسبوع فرض لها أسبوعياً وإذا كان زارعاً يأتيه المحصول سنويا فرض لها النفقة عليه سنوياً لتأخذ قوت السنة دفعة واحدة بحسب الحال [٢] .

وما عليه القضاء العراقى هو فرض النفقة بالنقود مشاهرة إلا إذا طلب الزوج طاعة زوجته وأعد لها بيتا شرعيا فيعد فيه ما يكفيها من الطعام لشهر واحد ويجهزه بأثاث ومتاع يناسب حالتيهما .

المادة الثامنة والعشرون —

١ — تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حالة الزوجين المالية وأسعار البلد .

٢ — تقبل دعوى الزيادة أو النقص فى النفقة المفروضة عند حدوث طوارىء تقتضى ذلك .

---

(١) اللمعة وشرحها للشهيدين الأول والثانى .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة قسم الأحوال الشخصية .

الإيضاح : لما كانت النفقة تفرض بحسب حالة الزوجين يسراً وعسراً وهذه الحال يعتريها التبدل والتحول فقد تقل موارد الزوج بإحالته للتقاعد مثلا بعد أن كان موظفا ويتأثر بذلك دخله الشهرى أو قد يرتفع باستيزاره مثلا بعد أن كان ذا راتب محدود وبالطبع أن هذا التبدل يؤثر على حالتيهما فلمن تصيبه مظلمة أن يطلب رفعها أو من يكون له حق شرعى من تبدل الحالة أن يدعى بها والعرف القضائى سائر فى عدم تجديد دعوى النفقة وطلب الزيادة أو إنقاص النفقة قبل مضى ستة شهور على الحكم الأول اللهم إلا إذا استجدت حوادث طارئة كغلاء فاحش طرأ على أسعار الحاجيات فارتفعت بسبب وقوع كوارث لم يكن فى الحسبان توقعها أو إنخفاض على الأسعار حدث فجأة لازدهار إقتصادى فكلا الحالتين تجعل فى الإمكان تجديد دعوى النفقة وطلب زيادتها أو نقصها حسبما تقتضيه الحالة .

المادة التاسعة والعشرون —

إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضى لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها . ويأذن لها القاضى بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة .

الإيضاح : مبدأ الحكم بالنفقة على الغائب مقبول فى الفقه الإسلامى غير أن هنا لك إختلافا فى كيفية الحكم فالاحناف يرون ضرورة وجود مال للغائب عند مودع يخاصم فيحكم عليه بدفع نفقة من مال الزوج وتستمع البينة على النكاح والمال ولا تحكم المحكمة بالزوجية لأن المدعى عليه ليس بخصم وإنما تحكم بالنفقة فقط .

وعند الامامية يحكم بالنفقة على الغائب إذا بذلت التمكين وأظهرت

الطاعة وأوصل خبر ذلك إلى الغائب والمادة الموضوعة للبحث قبلت مبدأ الحكم بالنفقة على الغائب بعد دعوته للمرافعة بالطريقة الأصولية التى يبلغ ويدعى بها الغائب وتكلف الزوجة بتقديم البينة على الزوجية ثم تحلف اليمين الشرعية التى ذكرتها المادة ويأذن لها القاضى فى الأستدانة بنفس الحكم ويكون الحكم بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى وبعد استحصالها الإعلام الشرعى تتحرى عن مال له فإذا وجدت حجزت عليه وفق الأصول وإلا استدانت بناء على الأذن الشرعى بالاستدانة .

المادة الثلاثون :

إذا كانت الزوجة معسرة ومأذونة بالاستدانة حسب المادة السابقة فإن وجد من تلزمه نفقتها (لو كانت ليست بذات زوج) فيلزم باقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط . وإذا إستدانت من أجنبى فالدائن بالخيار فى مطالبة الزوجة أو الزوج وإن لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على عمل التزمت الدولة بالانفاق عليها .

الإيضاح : قد تستحصل الزوجة إعلاما شرعيا فيه حكم بالنفقة على زوجها الغائب وفيه إذن بالاستدانة والرجوع عليه من قبل الدائن فتبدأ بطلب القرض ممن تترتب عليه نفقتها الشرعية (بعد تصور الزوج فى حالة العدم) والمفروض فى المقرض أن يكون موسرا والأقراض يصبح حقا فى هذه الحالة والزوجة أن تتقدم بطلب حجة قرض يصدرها القاضى بعد إحضار المقرض فإذا اتفقا فتصدر حجة الأقراض وإلا فتقام دعوى اقراض تسمع البينة ويصدر حكم بالاقراض بوصفه أصبح حقا يلزم به الشخص الذى ترتب عليه الحق ويعين المبلغ المطلوب استقراضه للانفاق والرجوع به على الزوج عند حضوره ويحكم به بعد استماع البينات المقتضية والمتعلقة فى الموضوع . وإذا لم يوجد من يقرضها وكانت المرأة غير قادرة على عمل أو ممن لا تعمل نظراً لمركزها الإجتماعى والوسط

الذى تعيش به ففى هذه الحالة للزوجة أن تقيم الدعوى على بيت المال أو من يمثله وهو وزير المالية لاستحصال حكم بالنفقة وبيت المال يعتبر وارثا شرعيا لمن لا وراث له والغنم بالغرم حسب القاعدة الفقهية التى تحكم هذا التفريع .

المادة الحادية والثلاثون :

١ — للقاضى أثناء النظر فى دعوى النفقة أن يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلا للتنفيذ .

٢ — يكون القرار المذكور تابعا لنتيجة الحكم الأصلى من حيث احتسابه أو رده .

الإيضاح : قد تكون الزوجة فى حاجه آنية للصرف والانفاق وليس هنا لك من يعيلها أو يصرف عليها أو يقرضها فتستطيع أن تطلب بعد اقامتها الدعوى مباشرة ودفع الرسم وأبراز ما يثبت الزوجية أو تقديم بينة على الزوجية فرض نفقة وقتية لغرض التنفيذ وللقاضى تقدير نفقة مؤقتة أما مباشرة من عنده بوصف ما يقدره نفقة إعسار أو بواسطة خبراء ويصدر قراراً بالنفقة يلزم الزوج بدفعه ويوصف القرار المذكور بقابليته للتنفيذ والزوجة بدورها تستطيع تنفيذه بدوائر التنفيذ بعد إستلام القرار التحريرى من المحكمة وعليه توقيع القاضى وختم المحكمة الشرعية وذلك وفق الأصول ثم تستمر فى رؤية دعوى النفقة الأصلية وعند صدور الحكم إما أن يكون مقدار النفقة الشهرية المحكوم بها عين النفقة المؤقتة أو أزيد من ذلك أو أنقص أو قد ترد الدعوى فعلى كل يكون ما حكم به مؤقتا تابعاً لنتيجة الحكم الأصلى من حيث إبطاله ودخوله ضمن الحكم الأصلى من تاريخ القرار المؤقت أو رد الدعوى الأصلية واسترجاع ما حكم به ونفذ فعلا بالقرار المؤقت وإبطال القرار المؤقت نفسه تبعا لرد الدعوى الأصلية .

المادة الثانية والثلاثون :

لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق أو بوفاة أحدالزوجين.

الإيضاح : قال فقهاء الحنفية لا تصير النفقة دينا إلا بالقضاء وهو تاريخ الحكم أو بتراضى الزوجين الذى هو تاريخ المصالحة بينهما والنفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضى أو بالتراضى لا تسقط بمضى المدة فإذا لم تطالب بها المرأة ولم تقبضها كلها أو بعضها فى مواعيدها المقررة فلها مادامت حية مطيعة والزوج حى أن ترجع عليه بالمقدار المتجمد منها بعد القضاء أو الرضا سواء كانت المدة الماضية قليلة أو كثيرة أما النفقة المفروضة بالقضاء أو الرضا والمستدانة بغير أمر الحاكم فيسقط دينها بموت أحد الزوجين ولا يسقط دين النفقة بالطلاق والمستدانة بأمر الحاكم لا تسقط بتاتا(١) .

أما الحنابلة فقد قالوا تجب النفقة للزوجة وتصبح دينا فى ذمته إذا توفرت الشروط التالية : —

١ — أن تسلم له نفسها تسليما تاما .

٢ — أن تكون صالحة للاتصال الجنسى .

٣ — أن لا تكون ناشزا وللنشوز صور منها أن تخرج من بيته دون إذنه ومنها سفرها دون إذنه .

٤ — أن لا يحول بينه وبينها حائل كما إذا حبست ولا يستطيع الوصول إليها(٢) .

أما عند الامامية : فيظهر من النص الآتى (وتقضى نفقة الزوجة

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا والفقه على المذاهب الأربعة .
(٢) الفقه على المذاهب الأربعة الأحوال الشخصية .

لأنها حق مالى وجب فى مقابلة الاستمتاع فكانت كالعوض اللازم فى المفاوضة)[١] أنها تكون دينا فى الذمة وإذا لم تتوافر أسباب لاسقاطها فتصح المطالبة بالمتراكم منها بعد أن استقر دينا .

وظاهر النص فى المادة أن النفقة بعد أن تستقر دينا فى الذمة لا تسقط بالطلاق ولا بالوفاة والنص مطلق .

المادة الثالثة والثلاثون :

لا طاعة للزوج على زوجته فى كل أمر مخالف لأحكام الشريعة وللقاضى أن يحكم لها بالنفقة .

الايضاح : قال الله تعالى فى كتابه العزيز « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف »[٢] «وعاشروهن[٣] بالمعروف» . وقال عليه الصلاة السلام ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون . ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن[٤]. وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذى جاره واستوصوا بالنساء خيرا [٥] ويتضح فى النصوص أنه لا يحق للرجل أن يطالب زوجته بارتكاب ما يخالف الشريعة أو ينهاها عن فعل ما تأمر به الشريعة فإذا لم تطعه فلا تعتبر ناشزة فيما جنحت إليه وتستحق عليه النفقة إن هجرها وتركت بيته .

---

(١) اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة.
(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٢٨ .
(٣) سورة النساء آية رقم ١٩ .
(٤) التاج فى أحاديث الرسول .
(٥) على الصدد .

وقد جاء فى مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب الحاق الضرر بها وأن ينفق عليها وعلى أولاده منها على قدر حالة وحالها فى عامة الشئون المشمولة فى حقيقة النفقة والزوجة تساهم فى الانفاق على العائلة إن كان لها مال .

ثم جاءت بعض المواد فى أحكام نفقة الزوجة كما يلى :

يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدة عدتها . ولا يلزم الزوج بالنفقة إذا اعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد تمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته .

وإذا انفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فلها مطالبته بذلك . ولا تسقط نفقة الزوجة بمضى المدة .

وما يلحظ فى الأحكام المذكورة أعلاه إنفراد التشريع التونسى بمشاركة الزوجة فى الانفاق على العائلة . وتعبير العائلة (يشمل من يعيلهم الزوج ويدخل الزوج نفسه فى العائلة أيضاً) وقد قيل عند الظاهرية ترتب النفقة للزوج المعسر على زوجته الموسرة . وكذلك إنفراد تونس بعدم ترتب نفقة الزوجة على زوجها المعسر . وما انفردت به أيضاً صرفها على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب دون إذن بالاستدانة أو الاشهاد على قصد الرجوع .

أما فى التشريع المغربى للاحوال الشخصية فقد جاء فى الفصل الخامس والثلاثون من مدونة القانون : حقوق المرأة على الزوج :

١ — النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان .

٢ — العدل والتسوية إذا كان الرجل متزوجا باكثر من واحدة .

٣ — السماح للزوجة بزيارة أهلها واستزارتهم بالمعروف .

٤ — للمرأة حريتها الكاملة فى التصرف فى مالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته .

ولم تبحث مدونة القانون بعد فى التفريعات المتعلقة بنفقة الزوجة ولكن جاء فى الباب السابع (الفصل الثانى والثمانون) كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك [١] .

أما القانون الأردنى المسمى قانون حقوق العائلة والمشرع سنة ١٩٥١ فقد جاء مفصلا فى نفقة الزوجة وأغلب أحكامه مستقاة من قانون حقوق العائلة العثمانى الذى صدر أثناء الحرب العالمية الأولى وينزع فى أغلب مواده إلى الفقه الحنفى . ومما جاء فيه وجوب تهيئة مسكن شرعى مع جميع لوازمه للزوجة من قبل زوجها فى المحل الذى يختاره . وتجبر الزوجة بعد قبض معجل صداقها بمتابعة زوجها والإقامة فى مسكن زوجها الشرعى وليس للزوج أن يسكن معها أهله وأقاربه أو ولده البالغ دون رضا زوجته كما ليس لها أن تسكن معها أولادها وأقاربها دون رضا زوجها . ويجرى تقدير النفقة من تاريخ الطلب ويكون حسب حال الزوج يسرا أو عسراً وهو رأى قسم كبير من فقهاء الحنفية ورأى الشافعى أيضا . وسند ذلك لينفق ذو سعة من سعته . وتشمل النفقة أجرة القابلة وطبيب الولادة وكذلك أجرة الطبيب المعالج فى المرض [٢] .

أما قانون الأحكام الشخصية السورى المشرع سنة ١٩٥٣ [٣] . فقد قبل بالحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الانفاق ولكن لا يحكم بأكثر من أربعة اشهر سابقة للإدعاء وينظر فى تقدير النفقة بحسب حال الزوج يسرا وعسراً .

---

(١) مدونة قوانين الأحوال الشخصية الاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهى .

(٢) ، (٣) المرجع السابق .

تعليقات حول أحكام النفقة الزوجية

فى قوانين البلاد العربية

فى الجمهورية العربية المتحدة لا يوجد تشريع كامل لأحكام النفقة الزوجية إنما هنالك بعض مواد شرعت سنة ١٩٢٠ ، سنة ١٩٢٩ ، سنة ١٩٣١ وبقية التفريعات يرجع فيها إلى المذهب الحنفى على ما يظهر .

ولقد قبل فيما شرع مبدأ ترتب النفقة دينا بذمة الزوج بلا توقف على قضاء أو رضا وذلك من تاريخ إمتناع الزوج عن الانفاق .

وكذلك المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا من تاريخ الطلاق وتقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة .

ولكن لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها رفع الدعوى [١] .

لقد قبل التشريع العراقى المبادىء المبينة أعلاه وأثبتها فى قانونه عدا المبدأ الأخير وهو عدم سماع الدعوى وتحديد مرور زمنها بثلاث سنوات إنما يجنح فيها إلى مرور الزمن الطويل وهو خمسة عشر عاما على مايظهر بوصفها أصبحت دينا فى الذمة .

أما فى المجلة التونسية فقد جاءت أحكام نفقة الزوجة مجملة فى فصل

---

(١) المبادىء العامة فى تشريعات الأحوال الشخصية ، المؤلف محمد حلمى عبد العاطى ، مدونة قوانين الأحوال الشخصية للاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهى .
أحكام الطلاق والزواج فى الاسلام الاستاذ الشيخ بدران .

ما يجب لكل من الزوجين على صاحبه وفى الكتاب الرابع الذى عنوانه النفقة .

فقد جاء فى الفصل ٢٣ على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف والنفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء او الإبراء وأغلب أحكام النفقة الزوجية التى شرعها القانون السورى مصدرها الفقه الحنفى على ما يظهر .

الباب الرابع

انحلال عقد الزواج

الفصل الأول

الطلاق

لقد حرص التشريع الإسلامى أن يكوّن من الزوجين أسرة سعيدة متحابة تعيش فى جو صاف لا يشوبه غبار ولا يلوثه قتار وجعل بين ركنى الأسرة المشيدى بناءها احتراما متقابلا وودا متبادلا كما جعل الزوجة للزوج محل الدعة والهدوء وموطن الراحة والاطمئنان «ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودةورحمة»(١) «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف»(٢). «وعاشروهن بالمعروف»(٣). كل هذه الآيات تدل بوضوح على ماتهدف إليه مضامينها من إستقرار للحياة الزوجية وأستمرار لعلاقتها. «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أوإعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما والصلح خير واحضرت الأنفس الشح وأن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً»(٤).

والأحاديث التى نطق بها الرسول عليه السلام فى حقوق كل من الزوجين كثيرة والغرض منها واضح فى خلق جو من الصفاء والوئام فى

---

(١) سورةالروم الآية ٢١ . (٢) سورة البقرة الآية ٢٣٨ .

(٣) سورة النساء الآية ١٩ .

(٤) سوةة النساء الآيه ١٢٨ .

هذا المجتمع الصغير الذى كونه الزوجان . ألا إن لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم من تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن[١] وطعامهن . وقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذى جاره واستوصوا بالنساء خيراً[٢]. ولكن رغم كل هذه الوصايا والأحكام التى تضمنتها الآيات والأحاديث فيما يتعلق بالحث على دوام الألفة وحسن المعاشرة فقد تختلف الطبائع البشرية ولا تتلاءم أخلاق الزوجين ويتعذر الانسجام بين عضوى الأسرة الواحدة وهما الزوج والزوجة وتصبح الحياة مرة ترهق كلا منهما فيضيق الواحد بالآخر ولا يستطيع أن يعيشا سوية لذلك اقتضت حكمة الله أن يشرع الطلاق وفى هذه الحالة يصبح الطلاق نعمة لكل من الطرفين إذ ينقذهما من شقاء الحياة ومرارة العيش . (وأن يتفرقا يغن الله كلا من سعته)[٣].
«وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم»[٤].

«وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه»[٥].

من هذه الآيات المباركات تتضح لنا مشروعية الطلاق وقد جاء الحديث الشريف بما يشير إلى ذلك : عن ابن عمر (رضى الله عنهما) عن الرسول عليه الصلاة والسلام ابغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق[٦]. إلا أن مابحثه الفقهاء هو هل أن الأصل فى الطلاق الحظر

---

(١) التاج فى أحاديث الرسول للشيخ منصور .
(٢) المرجع السابق .
(٣) سورة النساء الآية ١٣٠ .   (٤) سورة البقرة الآية ٢٢٧ .
(٥) السورة السابقة الآية رقم ٢٣١ .
(٦) التاج للشيخ منصور .

أو الإباحة وقد استرسلوا فى الحديث عن ذلك فقالوا أن الأسباب التى تعرض للطلاق تارة تجعله موصوفا بالوجوب وتارة تجعله موصوفا بالحرمة وتارة تجعله مكروها وأخرى تجعله مندوباً فيكون واجباً إذا عجز الزوج عن إتيان المرأة لعنة ثابتة ابتداء ويكون مكروها إذا طلقها دون سبب ويكون مندوباً إذا كانت فاسدة الأخلاق كما إذا كانت متهتكة أو تاركة للفرائض من صلاة وصيام ونحوهما .

وقال فقهاء الأحناف فى وصف الطلاق : هنالك رأيان أحدهما أنه جائز بحسب أصله وهذا الرأى ضعيف ثانيهما وهو الصحيح الذى عليه المحققون أن الأصل فيه الحظر وهو التحريم(١).

وبعد بيان ماتقدم نبدأ بذكر المواد التى انتظمها القانون والتعليق عليها مادة فمادة .

المادة الرابعة الثلاثون : الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضى ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا .

الإيضاح : الطلاق لغة رفع القيد لكن جعلوه فى المرأة طلاقاً وفى غيرها اطلاقاً ولذا كان انت مطلقة بالتشديد صريحاً ومطلقة بالتخفيف كناية . وشرعا رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص(٢). والتعريف الذى جاء فى المادة يصدق على ماجاء فى الفقه الإسلامى عامة إذا اعتبرنا (ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً) تعبير يحمل كل يفسرها حسب احكام فقهه ، فالإمامية عندهم تقتضى الصيغة

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة الشيخ عبد الرحمن الجزيرى .
(٢) اللباب للميدانى .

شروط صحة منها أن تكون أمام شاهدين عدلين يسمعان الصيغة عند إنشائها .

وقال فقهاء الحنفية يقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبى والمجنون والنائم وهو على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها .

لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة . والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة اطهار وقال مالك انه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الآصل فى الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة .

ودليل الحنفية حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة . وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً .

وقال الشافعى رحمه الله : كل الطلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لاتجامع الحظر بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق[1] .

وأما فيما يختص فى التفويض والتوكيل لزوجته أو لاجنبى فى التطليق فالأصل فيه أن كل ما كان تفويضاً فإنه يقتصر على المجلس ولا يملك الزوج النهى عنه وكل ما كان توكيلا لا يقتصر على المجلس ويملك الزوج الرجوع عنه أو النهى فإذا ثبت هذا فنقول إذا قال لها طلقى نفسك سواء قال لها إن شئت أو لا فلها أن تطلق نفسها فى ذلك المجلس خاصة وليس

---

(١) الهداية للمرغينانى .

له أن يعزلها لأنه تفويض وكذا إذا قال لرجل طلق لإمرأتى وقرنه بالمشيئة فهو كذلك وإن لم يقرنه بالمشيئة كان توكيلا ولم يقتصر على المجلس ويملك العزل عنه وإذا قال لها طلقى نفسك وصاحبتك فلها أن تطلق نفسها فى المجلس لأنه تفويض فى حقها ولها أن تطلق صاحبتها فى المجلس وغيره لأنه توكيل فى حق صاحبتها وإن قال طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسهاواحدة فهى واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة وإن قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شىء عند ابى حنيفة لأنها أتت بغير مافوض إليها فكانت مبتدأة وعندهما يقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا[١].

ويقع الطلاق لفظاً وبالكتابة المرسومة المستبينة[٢].

وللقاضى أن يوقع الطلاق فى حالات ذكرها القانون وهى التفريق للضرر والشقاق والتفريق للعلل والتفريق لعدم الانفاق وسيأتى البحث عنها فى فصولها القادمة . ولايصح وقوع الطلاق إلا بصيغة مخصوصة أو مايقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق إماصريحة أو كناية . فصريح الطلاق قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعى ولايفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الإستعمال ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقاً إلا بالنية لأنهاغير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحاً . ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق طلاقاً فإن لم تكن له نية أونوى واحدة أو اثنتين فهى واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث . ولو قال انت طالق الطلاق وقال أردت بقولى طالق واخدة وبقولى الطلاق أخرى

---

(١) الجوهرة النيرة . (٢) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية اقدرى باشا .

يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتين إذا كانت مدخولا بها[١] وأما الضرب الثانى وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين او دلالته . وهى على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولايقع بها إلا واحدة وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمك وانت واحدة . وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى اثنتين كانت واحدة بائنة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى بأهلك . وانت حرة لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية[٢] وهذه الأحكام التى سبق إيضاحها مصدرها الفقه الحنفى ويعمل بها نسبة للقضاء السنى مالم تتعارض مع القانون .

اما تعريف الطلاق عند الإمامية : فهو إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق[٣] .

ويشترط فى المطلق ان يكون عاقلا بالغا مختارا مع القصد والنطق الصريح فلو لم ينو الطلاق لم يقع كما يشترط فى المطلقة ان تكون زوجة فلو علق الطلاق بالتزويج لم يصح وان يكون القصد دائما وان تكون طاهرة من الحيض والنفاس ويعتبر هذا فى المدخول بها الحائل الحاضر زوجها لا الغائب عنها مدة يعلم انتقالها من القرء الذى وطئها فيه إلى آخر فلو طلقها وهما فى بلد واحد او غائبا دون المدة المعتبرة وكانت حائضا او نفساء كان الطلاق باطلا علم بذلك او لم يعلم .

وأن تكون مستبرئة فلو طلقها فى طهر واقعها فيه لم يقع طلاقه ويجب

---

(١) الهداية للمرغينانى .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية .

تعيين المطلقة وهو أن يقول فلانة طالق او يشير إليها بما يرفع الاحتمال ويجب أن تكون الصيغة بلفظ (انت طالق) او فلانة ولا يقع الطلاق بالكتابة ولا بغير العربية مع القدرة على التلفظ باللفظ المخصوص ولا بالإشارة إلا مع العجز عن النطق ولا يقع طلاق الكناية وإن نوى الطلاق كقوله هذه خلية أو حبلك على غاربك . أو باين . أو حرام ويشترط فى الصيغة تجريدها عن الشرط والصفة فى قول مشهور ويشترط الإشهاد أى حضور شاهدين يسمعان الإنشاء وسماعهما التلفظ شرط فى صحة الطلاق أما أقسام الطلاق ولفظه يقع على البدعة والسنة فالبدعة طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها ومع غيبته دون المدة المشترطة وكذا النفساء أو فى طهر قربهافيه وطلاق الثلاث من غير رجعة بينها والكل باطل لايقع معه طلاق[١].

والسنة تنقسم اقساما ثلاثة بائن ورجعى وطلاق العدة فالبائن مالا يصح للزوج معه الرجعة وهو سنة كطلاق التى لم يدخل بها واليائسة ومن لم تبلغ الحيض والمختلعة والمباراة مالم ترجعا فى البذل والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان .

والرجعى هو الذى للمطلق مراجعتها سواء راجع أو لم يرجع . أما طلاق العدة فهو أن يطلق على الشرائط ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويوقعها ثم يطلقها فى غير طهر المواقعة ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها فى طهر آخر فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره فإن نكحت ثم حلت ثم تزوجها وإعتمد مااعتمده أولا حرمت فى الثالثة حتى تنكح زوجا غيره فإن نكحت ثم حلت فنكحها ثم فعل كالأول حرمت فى التاسعة تحريما مؤبداً[٢].

---

(١) الشرائع للمحقق الحلى .
(٢) الشرائع للمحقق الحلى .

المادة الخامسة والثلاثون :

لايقع طلاق الأشخاص الآتى بيانهم :

١ — السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة او كبر او مرض .

٢ — المريض فى مرض الموت أو فى حالة يغلب فى مثلها الهلاك إذا مات فى ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته .

الإيضاح : قال فقهاء الحنفية ان طلاق السكران واقع وإختيار الكرخى والطحاوى رحمهما الله انه لا يقع (وهما من اكابر فقهاء الحنفية) وهو احد قولى الشافعى رحمه الله لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء[١] .

أما المجنون والمعتوه وفاقد التميز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض فالظاهر أن أئمة الفقه الإسلامى متفقون على عدم وقوع طلاقهم لأنهم فاقدو العقل وعديمو الاختيار والمكره طلاقه واقع عند الحنفية خلافا للأئمة الثلاث[٣] .

أما ما يتعلق بالفقرة الثانية فقد عرف الفقهاء مرض الموت بأنه الحالة التى تقعد صاحبها عن القيام بأعماله المعتادة لعجزه وتنتهى بالموت . ويلحق بها من كان وسط البحر فى سفينة ثقب قعرها وأدركها الغرق وكذلك المبارزة بالسلاح القاتل والمحكوم عليه بالإعدام فإذا طلق أحد هؤلاء زوجته بائنا ومات وهى فى العدة ورثته مع العلم أن الطلاق واقع وهو مايسمى بطلاق الفار الذى قصد الفرار من توريث زوجته مما ترك لذلك يرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا

---

(١) الهداية للمرغينانى .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة . الأحوال الشخصية للشيخ عبدالرحمن الجزيرى .

للضرر عنها وقد أمكن . لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار فجاز أن يبقى فى حق إرثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء خلافا للشافعى رحمه الله حيث قال لاترث فى الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهى السبب ولهذا لايرثها إذا ماتت(١).

وعند الإمامية : يكره للمريض أن يطلق ولو طلق صح وهو يرث زوجته مادامت فى العدة الرجعية ولايرثها فى البائن ولابعد العدة . وترثه هى سواء كان طلاقها بائنا أو رجعيا مابين الطلاق وبين سنته مالم تتزوج أو يبرأ من مرضه الذى طلقها فيه فلو برىء ثم مرض ثم مات لم ترثه إلا فى العدة الرجعية(٢).

المادة السادسة والثلاثون :

لايقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين .

الإيضاح : يقصد بالطلاق المنجز هو إيقاعه بالصيغة المخصوصة له حالا كقوله لزوجته أنت طالق أما تعليق الطلاق على أمر فهو ربط حصوله بذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط أومافى معناها وإضافة الطلاق إلى زمن مستقبل هى ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط أو مافى معناها مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق غدا أو يقول أنت طالق أول الشهر القادم .

ويرى فقهاء الحنفية أن الطلاق لفظيا كان أو بالكتابة يصح أن يكون منجزا أو معلقا . فالمنجز واقع فى الحال والمعلق ماكان موقوفا حصوله بشرط أو حادثة أو مضافا إلى وقت وهذا يتوقف وقوعه على وجود الشرط أو الحادثة أو حلول الوقت المضاف إليه ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لامحققا

---

(١) الهداية للمرغينانى . (٢) الشرائع للمحقق الحلى .

ولا مستحيلا[١] أما التعليق على مايتحقق وجوده فهو فى حكم المنجز والتعليق على شىء مستحيل الوقوع فيعتبر الطلاق فيه لاغيا عند أئمة المذاهب الأربعة أما اليمين فى الطلاق فقال قسم من فقهاء الحنفية الأقدمين عدم وقوع الطلاق فيه وهو ماعليه فقهاء الشافعية . أما الإمامية فترى أن هذه الأنواع من الطلاق لاغية لأنه يشترط فى صيغة الطلاق التنجيز[٢].

المادة السابعة والثلاثون :

١ — يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

٢ — الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لايقع به إلا واحدة .

٣ — المطلقة ثلاثا متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى .

الإيضاح : الفقرة الأولى متفق عليها بين أئمة الفقه الإسلامى أما الفقرة الثانية فمدار اختلاف فما اتجه إليه جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم وهو الذى عليه أئمة المذاهب الأربعة أن الطلاق الثلاث الواقع هو ما اقترن بعدد الثلاث لفظا أو إشارة للمدخول بها وغيرها مثل أن يقول الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثا وكذلك ما تكرر فيه عبارة الطلاق تماماً ثلاث مرات فى كلام واحد للمدخول بها كأن يقول لها أنت طالق . أنت طالق . أنت طالق .

وقال بعض العلماء يقع به طلقة واحدة رجعية . وهو رأى ابن تيميه وابن القيم[٣] .وعندالإمامية إذا طلقها ثلاثا بلفظ واحد كان مبدعا ووقعت واحدة عند تكامل الشروط عند أكثر الأصحاب وفيهم من قال لا يقع

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

(٢) الشرائع للمحقق الحلى.

(٣) أحكام الاحوال الشخصية للأستاذ الدكتور الشيخ تاج .

شيء أصلا به قال على وأهل الظاهر وحكى الطحاوى عن محمد بن أسحاق أنه قال تقع واحدة [١] .

أدلة الطرفين إجمالا : روى أن عبد الله بن عمر طلق أمراته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى إنك قد أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء .

وقال ابن عمر أمرنى رسول الله فراجعتها ثم قال إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى ان أراجعها قال لا كانت تبين منك وتكون معصية .

وفى الموطأ ان رجلا قال لابن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون إتخذت بها آيات الله هزوا [٢] .

وهناك روايات عن الرسول عليه الصلاة والسلام وصحابته الكرام تؤيد هذا الرأى وهى وقوع الثلاث بقول الرجل لزوجته انت طالق ثلاثا واستمر القضاء والافتاء على هذا الرأى عصورا طويلة .

اما القائلون بأن الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لا يقع به إلا واحدة رجعية فقد استدلوا : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح باحسان فإنه يفيد على رأيهم ان الطلاق الذى يملك المطلق بعده مراجعة امراته هو طلقتان اثنتان على ان تكونا بمرتين مرة بعد مرة .

والدليل الثانى ما رواه احمد ومسلم انه : كان الطلاق على عهد رسول

---

(١) كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية للشيخ تاج .

الله عليه الصلاة والسلام وابى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فأمضاه عليهم.[1]

وقد اختار المشرع العراقى الرأى الثانى . اما الفقرة الثالثة فإذا اوقع الرجل على زوجته وهو اهل لإيقاع الطلاق ثلاث طلقات متفرقات فتبين منه بينونة كبرى ولا يشترط تفرق المجلس فى ذلك ولا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره فيطلقها الثانى وتمضى عدتها وفى هذه الحالة للزوج الأول إذا إراد التزوج منها ثانية .

المادة الثامنة والثلاثون :

الطلاق قسمان :

(ا) رجعى . وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت به الطلاق .

٢ — بائن : وهو قسمان :

(ا) بينونة صغرى وهى ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد .

(ب) بينونة كبرى — وهى ما حرم فيه الزوج التزوج من مطلقته التى طلقها ثلاث متفرقات ومضت عدتها .

الإيضاح : الطلاق كما مر صريح وكناية فالصريح مالم يستعمل إلا فيه وهو قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا المذكور يقع به الطلاق الرجعى لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق ولا تستعمل فى غيره

---

(١) المرجع السابق .

فكان صريحا وأنه يعقب الرجعية بالنص ولا يقع به إلا واحدة رجعية وإن نوى أكثر من ذلك والضرب الثانى الكنايات ولا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة حال وثلاثة ألفاظ منها يقع بها الطلاق الرجعى إذا نوى الطلاق ولا يقع بها إلا طلقة واحدة وهى قوله اعتدى واستبرىء رحمك. وأنت واحدة وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت طلقة واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى اثنتين كانت واحدة لأن الإثنتين عد محض ولا دلالة للفظ عليه فيثبت أدنى البينونتين وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وحرام وحبلك على غاربك والحقى بأهلك وخلية وبرية أو وهبتك لأهلك وسرحتك أو فارقتك وأنت حرة وابتغى الأزواج فإن لم تكن له نية لم يقع بهذه الألفاظ طلاق وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان الطلاق بائنا.[1] وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك أو لم ترض وشرط بقاؤها فى العدة لأنها إذا انقضت زال الملك وحقوقه فلا تصح الرجعة بعد ذلك وإذا كانت باقية فى العدة فهى باقية على الزوجية بدليل جواز الظهار عليها والإيلاء واللعان والتوارث ووقوع الطلاق عليها مادامت معتدة بالإجماع وللزوج إمساك زوجته رضيت أو لم ترض وقد دل على ذلك قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتى فى الحضور والغيبة والرجعة على ضربين سنى وبدعى فالسنى ان يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها شاهدين ويعلمها بذلك فإن لم يفعل ذلك كأن لم يشهد او اشهد ولم يعلمها فهو مخالف السنة والرجعة صحيحة وإن راجعها بالفعل مثل ان يطأها او يقبلها بشهوة

---

(١) اللباب للميدانى .

فإنه يصير مراجعا عند فقهاء الحنفية ولا مهر فى الرجعة ولا عوض لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك[١] .

ويستحب الإشهاد خشية التناكر . والإشهاد يستحب فى المفارقات فكذلك فى الرجعة (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم)[٢] .

وكما أن الطلاق يثبت وقوعه بالبينة الشخصية فكذلك الرجعة تثبت بالبينة الشخصية .

وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف القول قول الزوج وتصح الرجعة والخلاف فيما إذا قالت على الفور متصلا بكلامه أما إذا سكتت ساعة ثم قالت له ذلك صحت الرجعة بالإجماع وتستحلف فى هذه المسألة عند أبى حنيفة .

اما عند الإمامية فالمطلقة الرجعية لا يحرم وطئها ولا تقبيلها بل هى باقية على الإباحة ومتى وطئها وقبلها بشهوة كان ذلك رجعة وبه قال أبو حنيفة واصحابه والأوزاعى والثورى وابن ابى ليلى وقال الشافعى هى محرمة كالمبتوتة ولا يحل له وطئها ولا ان يستمتع بها بوجه من إلا بعد أن يراجعها وللرجعة عنده تحتاج إلى قول . ويستحب الاشهاد على الرجعة وليس ذلك بواجب وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى القديم والجديد ودليل الإمامية إجماع الفرقة وأخبارهم وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ولم يشرط الاشهاد (الشهود) وقوله فأشهدوا ذوى عدل منكم المراد به على الطلاق على ما بيناه فيما مضى لأنه قال ذلك فى عقيب قوله أو

---

(١) الجوهرة النيرة .　　(٢) سورة الطلاق آية — ٢ — .

فارقوهن بمعروف يعنى بذلك الطلاق وهو أقرب من قوله فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف (١) .

وتصح المراجعة نطقا كقوله راجعتك وفعلا كالوطأ ولو قبل أو لامس بشهوة كان ذلك رجعة (٢) .

أما الفقرة — ٢ — فهى واضحة المفاد ولا تحتاج إلى تعليق أو بيان .

المادة التاسعة والثلاثون :

١ — على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى فى المحكمة الشرعية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق فى المحكمة خلال مدة العدة .

٢ — تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة .

الإيضاح : إن الفقرة الأولى من المادة تنظيمية المبنى وليست بإلزامية المعنى فلا يترتب على عدم القيام بها حكم موضوعى وقد يكون فى التريث فى إيقاع الطلاق مصلحة الطرفين لذلك حرص المشرع بأن تقام دعوى بإيقاعه فيجمع بين الطرفين ويتأنى فى إيقاعه لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا بالصلح بينهما من قبل القاضى الذى ربما يدرس أسباب الخوف فيؤلف بينهما ما استطاع إلى ذلك سبيلا فإذا تعذر الصلح بينهما فلا مجال إلا إلى إيقاعه وفق الأحكام الشرعية (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) اما إذا تعذرت إقامة الدعوى وأوقع الطلاق فى الخارج وجب عليه تسجيل ذلك فى المحكمة خلال مدة العدة وبالطبع الطلاق لمن اخذ بالساق ويملكه الزوج لذلك يملك مراجعة المحكمة الشرعية لتثبيته وفق اصوله اما عند الإمامية فجرت العادة ان يوقع الطلاق بواسطة رجل

---

(١) الخلاف فى الفقه للطوسى .   (٢) الشرائع للمحقق الحلى .

دينى وبحضور شاهدين بعد توفير شرائط الإيقاع وبعد إيقاعه وفق أصوله يستطيع مراجعة المحكمة الشرعية لتسجيل ما وقع .

ولما كانت حجة الزواج لها قوة التنفيذ فتبقى هذه القوة مستمرة إلى صدور ما يبطلها وفق الأصول اما بصدور حكم او بمصالحة الطرفين او اتفاقهما على الإبطال والتأشير على ما فى السجل بواسطة المحكمة الشرعية المختصة .

نظرة إجمالية فى أحكام الطلاق العامة

فى قوانين البلاد العربية

هنالك جهات تلتقى فيها البلاد العربية على أحكام هى نظائر وأشباه لبعضها ففى الجمهورية العربية المتحدة لا يقع طلاق السكران والمكره . ولا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه . كما أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

وقد إتجه المغرب فى تشريعه إلى ما أخذت بهالجمهورية العربية المتحدة وزاد على عدم وقوع طلاق السكران والمكره الغضبان كما زاد على ذلك قوله (الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق) .

وقالت تونس فى تشريعها لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة .

أما شرقى الأردن وسورية والعراق فقد اتحد تشريعهم وأخذوا ما اخذت به مصر فى الأحكام المتقدمة الذكر .

الفصل الثاني

التفريق للضرر والشقاق[1]

المادة الأربعون :

١ – إذا إدعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، أو إدعى قيام شقاق بينهما جاز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢ – على القاضي قبل إصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج للنظر في إصلاح ذات البين إن وجدا فإن تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين إنتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي .

٣ – على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه هو المقصر فإن اختلفا ضم إليهما القاضي حكما ثالثا .

٤ – إذا ثبت للقاضي إضرار أحد الزوجين بالآخر أو إستمرار الشقاق بينهما وعجز عن إصلاحهما وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر إن كان التقصير من جانب الزوجة فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد مالا يزيد على نصف المهر للزوج .

---

(١) أضواء على قانون الأحوال الشخصية محمد بحر العلوم .

الإيضاح : ليس فى الفقه الحنفى مايجيز التطليق للضرر أوالشقاق إنما هنالك حالات معينة أجيز فيها التطليق وهى تتعلق بالعيب المتعلق بالجب والعنة والخصاء ثم أخذ برأى محمد فيما يختص بالجذام والبرص والجنون أخيراً فى القضاء وذلك زمن العثمانيين ولكن قانون العائلة الصادر سنة ١٣٣٦ هـ فى أواخر الدولة العثمانية أخذ بمبدأ التطليق للضرر والشقاق وسار فى كيفية إيقاعه مسيرة هذه المادة التى شرعها القانون العراقى .

ولكن قانون العائلة العثمانى لم يصل بغداد إلا بعدالإحتلال الإنجليزى لذلك لم يعمل به ومصدر هذا المبدأ مذهب الإمام مالك فقد جاء فى موطأه أنه بلغه أن على بن أبى طالب قال فى الحكمين اللذين قال الله تعالى فيهما «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا»[1] أن إليهما الفرقة بينهما والإجتماع قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته فى الفرقة والإجتماع . والشقاق كما يقول علماء اللغة هو الخلاف أى ان كل واحد اخذ شقا غير شاق صاحبه اى ناحية غير ناحيته والخطاب للأمراء والحكام . والحكمان على مايرى البعض من الفقهاء انهما قاضيان وليا بوكيلين ولا شاهدين قال ذلك جماعة من الصحابة منهم على وابن عباس والشعبى ومالك ويملك الحكمان التفريق[2] وروى عن ابن عباس ايضا والحسن ان الحكمين شاهدان يرفعان الأمر إلى الحاكم ويشهد ان بماظهر لهما وبه قال أبو حنيفة والشافعى ويكون التفريق للإمام أوالحاكم فى البلد لا إليهما مالم يوكلهما الزوجان او يأمرهما الإمام او الحاكم ويرى الإمامية انه ليس للحكمين ولاية التفريق إلا بعد ان يستأمراهما او يرضيا بذلك وقيل ان لهما ذلك ومن يرى هذا الرأى يعتبرهما وكيلين[3] . وقال فى بداية المجتهد ومالك يشبه

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٥ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى .

(٣) مجمع البيان للطبرسى .

الحكمين بالسلطان . والسلطان يطلق بالضرر إذا تبين . والقضاء العراقى يعتبر تقرير الحكمين بينه يمكن الإستناد إليهما والحكم بمقتضاها والحقوق المترتبة على الحكم وهى اللواحق من حيث سقوط المهر المؤجل أو رد مالا يزيد على النصف مصدره الفقه المالكى .

اما التفريق فيصدر به حكم القاضى ويعتبر طلقة بائنة كيلا يرجع الزوج فتضر الزوجة ويصبح الحكم كأن لم يكن .

المادة الحادية والأربعون :

لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر ان تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

المادة الثانية والأربعون :

التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقا بائنا بينونة صغرى .

المادة الثالثة والأربعون :

إذا غاب الزوج سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الإقامة جاز لزوجته ان تطلب الى المحكمة التفريق للضرر وإن كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

الإيضاح: يستنبط الإمام مالك رحمه الله وأصحابه من حديث لا ضرر ولا ضرار تفريعات كثيرة ومن فصول وأبواب مختلفة فى أحكام الفقه ويعتبر هذا الحديث الشريف من جوامع الكلم وقد كان سندا للمالكية فى تفريعات فقهية تتعلق بالتفريق إضافة إلى الآيات الكريمة الواردة فى هذا الباب فلقد جاءت آية فامساك[1] بمعروف أو تسريح بإحسان و بالطبع

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

أن تعمد المشاركة والإيذاء من قبل الزوج يخالف منطوق هذه الآية وكذلك قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن[1] . تقتضى معاملة الزوجة بما يجب أن يعامل هو به فلا يتعسف ولا يتعنت فى معاملتها فإذا غاب عنها مدة طويلة وهجرها دون أن يضمها إليه أو يقيم معها وبلا عذر مشروع فلا شك أن ذلك يعتبر إضرارا بها قد يولد لها مخاطر أو يهوى بها إلى مزالق وقد اعتبر فى حكم الغياب الحكم النهائى بالسجن مدة خمس سنوات فأكثر ويعتبر كثير فى الفقهاء سجن المرء غيابه عن الحياة الدنيا إلى حياة ثانية ولذلك فسروا آية [أو ينفوا فى الأرض] أى إخراجه فى عالم الدنيا إلى عالم آخر والتطليق للغيبة هو مذهب الإمامية مالك وابن حنبل خلافاً للاحناف ويرى بعض متأخرى فقهاء الأمامة جواز طلاق الزوجة من زوجها المحبوس من قبل الحاكم الشرعى أن حات ذلك ولم تصبر .

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٨ .

نظرة عامة فى قوانين البلاد العربية

المشرعة بما يتعلق فى التفريق

للضرر والشقاق

قبلت الجمهورية العربية المتحدة بقانونها المرقم ٢٥ لسنة ١٩٣٩ مبدأ التطليق للضرر والشقاق بين الزوجين ورسمت طريقة ذلك فى ست مواد تبتدىء بالسادسة وتنتهى بالحادية عشر وجعلت للحكمين ولاية اتخاذ القرار بالتفريق بطلقة بائنة وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه ولم تجعل لهما هذه الولاية فى القانون العراقى إنما يبسطان الحالة فى تقريرهما الذى يجب أن يرفع إلى القاضى فى إمكانية التأليف بين الزوجين أو تعذر ذلك .

أما فى المجلة التونسية ففد قالت لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة ويحكم به بناء على طلب من الزوج أو الزوجة ولا يحكم به إلا بعد أن يبذل الحاكم ما وسعه فى رفع أسباب الشقاق بين الزوجين والعجز عن الإصلاح بينهما .

وفى المغرب قبل أيضاً مبدأ التطليق للضرر بعد تعيين حكمين وتقديم تقرير فى الموضوع . وفى شرقى الأردن قبل مبدأ التحكيم واتخاذ قرار من قبل المحكمين وعلى القاضى الحكم بموجبه وذلك فيما يتعلق بالتطليق للضرر والشقاق بين الزوجين وقد قبل ذلك فى التشريع السورى ولكن على أن يعقد مجلس الحكمين تحت إشراف القاضى وبحضور الزوجين فقط .

الفصل الثالث

التفريق للعيب

المادة الرابعة والأربعون :

١ — إذا وجدت الزوجة زوجها عنينا او مبتلى بما يمنع البناء بها فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق .

٢ — إذا اطلعت الزوجة بعد العقد أن الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهرى والجنون أوأصيب أخيرا بعلة من هذه العلل فلها ان تراجع المحكمة وتطلب التفريق .

٣ — إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبى ان العلة المذكورة فى الفقرتين (١ ، ٢) من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة . وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

٤ — إذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضى بالتفريق .

الإيضاح : قال فقهاء الحنفية وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها فبها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك وإن كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال ان طلبت لأنه لا فائدة فى التأجيل .

والخصى يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطأه مرجو وإذا كان بالزوج جنون او برص أو جذام فلا خيار لها عند ابى حنيفة وابى يوسف [1] رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار فى الفسخ إذا وجدت فى الزوج هذه العلل أو ما كان فى درجتها وقد أيد هذا الرأى من قبل المشيخة الإسلامية وصدرت إرادة سنية عثمانية سنة ١٣٣٤ ﻫ بالعمل بذلك [2] .

---

(١) الهداية للمرغيناني . (٢) أصول المرافعات والصكوك فى القضاء الشرعى للمؤلف .

وقال الإمامية العنة عيب يثبت للمرأة به الخيار يضرب لها (له) المدة سنة فإن جامع فيها و إلا فرق بينهما وبه قال جميع الفقهاء [١]. وبعد مدة التأجيل لاتحتاج إلى طلاق عند الإمامية والشافعية و الحنابلة بل تفسخ المرأة العقد امام القاضى فورا .

وعند المالكية تطلق هى نفسها بأمر القاضى وعند الحنفية يأمر القاضى الزوج بالطلاق فإن امتنع طلقها هو وذهبت الإمامية ان لها بالفسخ نصف المهر والحنفية ترى جميع المهر ولا شيء لها عند الشافعية والمالكية والحنابلة.

والعنة حالة مرضية يتعذر فيها على الزوج الاتصال بزوجته جنسيا فى المحل المعد لذلك . وهو حق قابل للاسقاط واذا طرأ بعد الاتصال بها فلا يَرِدُ طلب التفريق بخلاف الأمراض الأخرى التى لايمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والبرص والجنون فإن طلب التفريق يصح إذا جاءت هذه الأمراض متأخره ويمكن الأخذ بالتقرير الطبى الصادر من جهة مختصة فيما يختص بشفاء الزوج من هذه الأمراض أو عـــدم شفائه فإذا كان هنالك احتمال بالشفاء أجل طلب التفريق المدة المناسبة واذا تعذر الشفاء بوجه قطعى فللمحكمة أن تجنح إلى إصدار الحكم بالتفريق إذا طلبت المرأة ذلك أما فيما يختص بالامتناع عن الاجتماع بالزوج فيتعلق بالأمراض التى يخشى منها السراية ولا علاقة لها بالعنة التى توجب الاجتماع .

والمبدأ المقبول فى البلاد العربية [٢] ذات القوانين المشرعة فى الأحوال الشخصية جواز طلب التفريق من قبل الزوجة للعنة وللأمراض التى لايمكن المقام معها إلا بضرر على أن يمهل الزوج مدة سنة فى كلها أملا بالشفاء اذا كان هنالك أمل فيه وفى التشريع السورى على ان لا يزيد الامهال على سنة فإن

---

(١) كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى.

(٢) مدونة قانون الأحوال الشخصية فى البلاد العربية للدكتور صلاح الدين الناهى .

برىء الزوج فيها وإلا حكم القاضى بالتفريق. وإذا تعذر الشفاء يفرق القاضى فى الحال.

والظاهر أن التقرير الطبى أصبح حاكما فى الموضوع فلم يعد الجنوح الى الإمهال مدة سنة فى العنة كما قدر الفقهاء ذلك. إنما ترك أمر الإمهال واحتمال الشفاء الى الأطباء الذين إذا كان فى إمكانهم إعطاء تقارير طبية قطعية فى الموضوع فتتبع فى أمل الشفاء وعدمه.

الفصل الرابع

التفريق لعدم الانفاق

المادة الخامسة والأربعون :

١ — للزوجة أن ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها فى الحالتين الآتيتين :

ا — إمتناع الزوج من الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما .

(ب) تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

٢ — يعتبر تفريق القاضى فى الحالتين المتقدمتين طلاقا رجعيا .

الإيضاح : قال فقهاء الحنفية إذا عجز الزوج عن النفقة بأنواعها الثلاثة فإنه لا يفرق بينهما بهذا العجز وكذا إذا غاب عنها وتركها بدون نفقة ولو كان موسرا وإنما يفرض القاضى عليه النفقة ويأمرها بالاستدانة وقد كان العثمانيون يقضون بذلك فى المحاكم الشرعية إلا أن المشيخة الاسلامية قدمت مذكرة واستحصلت إرادة سنية بجواز طلب فسخ النكاح من قبل الزوجة عند تعذر تحصيل النفقة فى غياب الزوج وذلك سنة ١٣٣٤ ﻫ وقد جاء فى الأسباب الموجبة للإرادة ما يلى : ومع الاعتراف بما يتجلى فى قول فقهاء الأحناف من الحكمة الفاضلة فإن الإمامين مالكا والشافعى رحمهما الله قالا فى رواية عنهما إن الزوج إذا غاب وتعذر الحصول على النفقة فللقاضى فسخ النكاح إذا طلبت الزوجة ذلك والإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه يرى جواز فسخ النكاح عند

تعذر الحصول على النفقة بسبب غياب الزوج لذلك وجد اجتهاد الإمام أحمد بن حنبل أكثر ملاءمة لحالة العصر وأرفق بمعاملات الناس لذلك جنح إلى الأخذ به وصدرت الإرادة بالعمل قضاء وإفتاء به ورأى فقهاء الحنابلة جواز طلب الفسخ عند الامتناع عن الانفاق وعند العجز[١]

أما الإمامية فترى وجوب النفقة للزوجة غير الناشز فإذا عجز بقيت فى ذمته وإذا امتنع القادر عن الانفاق جاز لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعى فيلزمه بأحد الأمرين الانفاق أو الطلاق فإن امتنع عن الأمرين ولم يمكن للانفاق عليها من ماله جاز للحاكم طلاقها[٢].

ويعتبر تفريق القاضى فى الحالتين تفريقا رجعياً بوصفه يمكن أن يعود الزوج إلى الوفاق وهو الانفاق خلال مدة العدة ويراجعها.

قبلت البلاد العربية ذات القوانين المشرعة فى أحكام الأحوال الشخصية مبدأ التطليق للامتناع عن الانفاق مع اختلاف ربما كان بسيطا فى طريقة ذلك وتكاد تتفق كلها على التطليق إذا كان موسرا ولم يكن له مال ظاهر وامتنع عن الانفاق فإن القاضى يطلق عليه أما إذا كان عاجزا فيمهله وهنا يختلف الإمهال من شهر عند البعض إلى ثلاثة شهور عند الآخرين فإذا لم يتدارك نفقتها وطلبت الزوجة طلق عليه القاضى وتعتبر القوانين كلها أن الطلاق الذى يوقعه القاضى فى هذا المقام رجعى وبالطبع أن إيقاع الطلاق موقوف على طلب الزوجة[٣].

---

(١) المرافعات الشرعية للمؤلف.

(٢) أضواء على قانون الأحوال الشخصية محمد بحر العلوم.

(٣) مدونة قوانين الأحوال الشخصية للدكتور صلاح الدين الناهى.

الفصل الخامس

التفريق الاختياري (الخلع)

المادة السادسة والأربعون :

فقرة ١ — الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما فى معناه وينعقد بايجاب وقبول أمام القاضى مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون .

الإيضاح : الخلع بضم الخاء وفتحها واستعمل فى إزالة الزوجية بالضم وفى غيره بالفتح وهو لغة الإزالة. وفى الشرع عبارة عن عقد بين الزوجين المالى فيه من المرأة تبذله فيخلعها أو يطلقها وحكمه من جهتها حكم المعارضة حتى يجوز لها الرجوع عنه ويبطل باعراضها ويجوز لها فيه شرط الخيار على الصحيح وحكمه من جهة الزوج حكم التعليق اى طلاق معلق بشرط حتى لايصبح رجوعه عنه ولايجوز له فيه شرط الخيار ولا يبطل باعراضه عنه .

وإذا تشاق الزوجان وخافا ان لايقيما حدود الله أى من موجبات النكاح مما له عليها وعليه لها فلا بأس أن تفدى نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما افتدت به» فإذا قبل الزوج وفعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة لأنه من الكنايات الآن ذكر المال أغنى عن النية ولزمها المال .

ولقوله عليه الصلاة والسلام الخلع تطليقة بائنة . وإن كان النشوز من قبله يكره له أن ياخذ منها عوضا [1] لقوله تعالى (وإن أردتم استبدال

---

(١) الجوهرة واللباب والهداية .

زرج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا كيف تأخذونه وقد افضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا) (١).

والحنفية قالوا أن ألفاظ الخلع خمسة احدها ما اشتق من الخلع وهى كأن يقول لها خالعتك . اختلعى . اخلعى نفسك . خلعتك . وهذا قالوا أنه يقع به الخلع دون نيه لأن العرف يستعمله فى الطلاق كثيراً فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته خالعتك وذكر مالا فالأمر ظاهر. وإذا لم يذكر مالا فإنه يقع به الطلاق نوى أو لم ينو قبلت أو لم تقبل . ومثل خالعتك باقى الألفاظ المذكورة على التحقيق .

ولكنها إذا قبلت فى قوله خالعتك او اختلعى سقط به حقها من المهر.

ثانيها لفظ بارأتك فإذا قال لها بارأتك على عشرين جنيها وقبلت وقع طلاق بائن ولزمها العشرون وسقط مهرها باتفاق وإذا لم تقبل لم يقع طلاق ولم يلزمها شىء باتفاق .

ثالثها لفظ باينتك فإنه موضوع الخلع فإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها فى المهر متى نوى الطلاق وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت .

رابعها لفظ فارقتك فإنه إذا ذكر مالا وقبلت كانت منه ولزمها وسقطت حقوقها الآتى بيانها من مهر ونحوه وإن لم تقبل لا يقع طلاق ولا يلزمها مال.

خامسها لفظ الطلاق على مال فإذا قالها طلقى نفسك على عشرين جنيها فقالت قبلت أو طلقت نفسي على ذلك وقع الطلاق بائنا ولزمها العشرون وهل يسقط حقها فى المهر زيادة على العشرين التى دفعتها ؟ الصحيح انه لا يسقط نعم تسقط به نفقتها سواء كانت مفروضة او لا فإذا كان محكوما لها بنفقة زوجية متجمدة سقطت بالطلاق على مال (٢).

---

(١) سورة النساء الآية (٢٠) .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة الأحوال الشخصية .

هذه أحكام مجملة لتعريفات الخلع فى الفقه الحنفى .

وفى فقه الإمامية قالوا أما الصيغة فأن يقول خلعتك على كذا أو فلانة مختلعة على كذا . وهل يقع بمجرده؟ المروى نعم . وقال الشيخ لا يقع حتى يتبع بالطلاق ولا يقع بفاديتك مجردا عن لفظ الطلاق ولا فاسختك ولا أبنتك ولا نيأتك ولا بالتقايل . وبتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخا أو طلاقا؟ قال المرتضى هو طلاق وقال الشيخ هو فسخ.

ويشترط فى الخالع أربعة شروط البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد فلا يقع مع الصغر ولا مع الجنون ولا مع الإكراه ولا مع السكر ولا مع الغضب الرافع للقصد ويعتبر فى المختلعة أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها غير يائسة وكان حاضرا معها وأن تكون الكراهية من المرأة وتخلع اليائسة وإن وطئها فى طهر المخالعة ويعتبر فى العقد حضور شاهدين دفعة فإن افترقا لم يقع[1] .

ومن الشروط أيضاً الفدية من الزوجة للزوج ويعتبر فيها أن تكون مما يصح تملكه وأن تكون معلومة قدراً ووصفا ولو فى الجملة وأن لا يكون معلقا على شرط وتشترط الفورية وعدم الفاصل بين البذل والخلع .

وليلاحظ أن إيقاع الخلع كما يصح إيقاعه أمام القاضى يصح خارج المحكمة ولغرض التنظيم يسجل ما وقع خارج المحكمة أثناء العدة ومن فهم أن الخلع لا يصح إلا أمام القاضى فهو مخطىء فى فهمه وسوابق القضاء فى محكمة التمييز تؤيد ما أتجهنا إليه من تفسير .

فقرة ٢ — يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له ويقع بالخلع طلاق بائن .

---

(١) الشرائع للمحقق الحلى .

فقرة ٣ — للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها .

الإيضاح : لما كان الخلع عبارة عن طلاق على مال لذلك اشترط فيه ما يشترط فى إيقاع الطلاق من أهلية وهى العقل والبلوغ ومحله الزوجة فى نكاح صحيح ويقع بالخلع طلاق بائن عند الحنفية خلافا لمن يرى أنه فسخ كما يرى ذلك الشافعية وبعض فقهاء الإمامية . وإذا كان النشوز من قبله فيكره أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى — وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها . وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق فلا جناح عليهما فيما افتدت به .

والمبارأة كالخلع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه فى الخلع ومع ابى حنيفة فى المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط . ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعله من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولاضرورة إلى انقطاع الاحكام . ولأبى حنيفة ان الخلع ينبىء عن الفصل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما فى النكاح واحكامه وحقوقه .

ويرى فقهاء الامامية أن المبارأة تترتب على كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه ويشترط اتباعه بلفظ الطلاق فلو اقتصر المبارئ على لفظ المبارأة لم يقع به فرقة ولو قال بدلا من بارأتك فاسختك او أبنتك أو غيره من الالفاظ صح اذا أتبعه بالطلاق إذ المقتضى للفرقة التلفظ بالطلاق لا غير . ويشترط فى المبارئ والمبارئة ماشرط فى المخالع والمخالعة وتقع الطلقة مع العوض بائنة وليس للزوج معها رجوع إلا ان ترجع الزوجة فى الفدية فيرجع لها مادامت فى العدة وللمراة الرجوع فى الفدية مالم تنقض عدتها .

والمبارأة كالخلع لكن المبارأة تترتب على كراهية كل من الزوجين صاحبه ويترتب الخلع على كراهية الزوجة ويأخذ فى المبارأة بقدر ما وصل اليها منه وتحل له الزيادة وفى الخلع جائز وتقف الفرقة فى المبارأة على التلفظ بالطلاق اتفاقا وفى الخلع الخلاف (١).

ولدى استعراض احكام الخلع فى قوانين البلاد العربية المشرعة وجد أنه طوى من أكثرها ومعنى ذلك بقاء احكامه على ما هى عليه فى الفقه الاسلامى المرعى تقليده فى ذلك القطر ومع هذا فقد لوحظ أن هناك مواد قلة فى التشريع المغربى بحثت أحكام الخلع وهى فقهية المصدر ومستقاة من فقه الامام مالك على ما يظهر وأبرز ما جاء فيها « لا يجوز الخلع بشىء تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة » ومعنى ذلك أن حق الحضانة مثلا هو من حق الصغار وليس من حق الأم لتتنازل عنه ويعتبر فدية مقابل الخلع.

---

(١) الشرائع المحقق الحلى .

الباب الخامس

(فى العدة)

المادة السابعة والأربعون :

تجب العدة على الزوجة فى الحالتين الآتيتين :

١ — إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ .

٢ — إذا توفى عنها زوجها ولو قبل الدخول بها .

الإيضاح : العدة لغة الإحصاء وشرعا هى التربص الذى يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته وهى مدة وضعت شرعا للتعرف عن براءة الرحم وهى على ثلاثة أضرب الحيض والشهور ووضع الحمل فالحيض يجب بالطلاق والفرقة فى النكاح الفاسد والوطىء بشبهة النكاح وأما الشهور فعلى ضربين ضرب منها يجب بدلا عن الحيض فى الصغيرة والآيسة والضرب الثانى هو الذى يلزم المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا ويستوى فيه المدخول بها إذا كان النكاح صحيحاً أما الفاسد فعدتها فيه الحيض فى الفرقة والموت وأما وضع الحمل فيقضى به كل عدة عندها وقال أبو يوسف مثله إلا فى الإمرأة الصغير[1] وذلك فى الفقه الحنفى .

أما فى فقه الإمامية فإن التى لم تحض ومثلها لا تحيض والآيسة من

---

(١) الجوهرة النيرة .

المحيض ومثلها لا تحيض لا عدة عليهما من طلاق وإن كانت مدخولا
بها وخالف جميع الفقهاء فى ذلك وقالوا يجب عليهما العدة بالشهور وبه قال
قوم من أصحاب الإمامية [1].

المادة الثامنة والأربعون

١ – عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء .

٢ – إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلا فعدة الطلاق أو التفريق فى
حقها ثلاثة أشهر كاملة .

٣ – عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما
الحامل فتعتد بأبعد الأجلين . من وضع الحمل والمدة المذكورة .

٤ – إذا مات زوج المطلقة وهى فى العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب
المدة الماضية .

الإيضاح : إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة
بينهما بغير طلاق وكانت مدخولا بها وهى حرة وممن تحيض فعدتها ثلاثة
أقراء لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن
يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن
أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف
وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » [2] .

هذا النص عام جاء شاملا لعدة المطلقات ثم خصصت منه المطلقة
قبل الدخول بقوله تعالى :

---

(١) كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى .
(٢) سوره البقرة رقم الآية ٢٢٨ .

« وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »(١)

وكذلك أخرجت ذات الأياس من الحيض والحامل أيضاً من عموم النص بالآية الكريمة: «واللاتى يئسن من المحيض من نسائكم أن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن واولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسراً »(٢) .

والقرء فى لغة العرب لفظة مشتركة بين الحيض والطهر ولاجل هذا الاشتراك اختلف الفقهاء فى تعيين المعنى المراد من تعبير (ثلاثة قروء) الوارد فى الآية . قال أبو عمر بن العلاء من العرب من يسمى الحيض قرءا ومنهم من يسمى الطهر قرءا ومنهم من يجمعها جميعاً فيسمى الحيض مع الطهر قرءا . وقد اتجه فقهاء الحنفية إلى أن المعنى من القرء هو الحيض ويرون آثارا عن عمر وعلى وابن مسعود وأبى موسى ومجاهد ووافقهم أحمد بن حنبل ويؤيدون رأيهم بحديث دعى الصلاة أيام أقرائك وحديث طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان يضاف إلى ذلك أن المقصود من العدة استبراء الرحم وذلك يتأكد بالحيض وقال أهل الحجاز بأن القرء هو الطهر وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن كاتب وفقهاء الشافعية والإمامية واستدلوا بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن ولا خلاف بأنه يؤمر بالطلاق وقت الطهر بقوله عليه السلام لعمر مرة فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة ومن الفقهاء من يرى إعمال المعنيين معا باعتبار أن هنالك من يرى جواز حمل المشترك على معنييه أى تنقضى العدة بثلاثة أطهار وبثلاث حيض(٣).

---

(١) سوره الأحزاب رقم الآية ١٩ .

(٢) سورة الطلاق الآية ٤ .

(٣) الفقه الاسلامى ومشروع القانون المدنى الموحد للمؤلف .

والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح . والمرأة التى لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر للآية التى تقدمت وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير)[1] وعموم اللفظ فى هذه الآية الكريمة يقضى بمساواة المسلمة والكتابية والأمة فى هذا الحكم ولكن القياس اقتضى التنصيف فى الأمة وبذلك قال فقهاء الحنفية وجمهور الفقهاء وقال فى نيل المرام ولا نعلم فى ذلك خلافا إلا مايروى عن ابن سيرين والأصم إذ قالا عدتها عدة الحرة لعموم الحكم فى الآية وكذلك إتجه فقهاء الإمامية وقد قاس عداهم عدة الوفاة على الأقراء وعلى الحد أيضاً وأنه ينتصف للأمة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وحديث طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان معمول به لدى فقهاء المسلمين .

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها وذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن[2] . وقيل تعتد بأبعد الأجلين إحتياطا .

وقال فقهاء الحنفية وإذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع ولهما أنه لما بقى النكاح فى حق الإرث يجعل باقيا فى حق العدة إحتياطا فينجمع بينهما وقد جنحت الفقرة — ٤ — إلى عدة الوفاة وألغت ما مضى من عدة الطلاق عند وفاة زوج المطلقة وهى فى عدة الطلاق .

---

(١) سورة البقره الآية رقم (٢٣٤)

(٢) الهداية للمرغينانى .

ويرى فقهاء الإمامية أن الاقراء هى الاطهار كما مر بنا وقد قالوا وأما القرء فهو مشترك بين الطهر والحيض فى اللغة وفى الناس من قال هو عبارة عن جمع الدم بين الحيضتين مأخوذ من قرأت الماء فى الحوض جمعته وإذا تزوج صبى صغير غير بالغ امرأة فمات عنها لزمها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا سواء كانت حاملا أو حائلا وسواء ظهر بها الحمل بعد وفاة الزوج أو كان موجودا حال وفاته .

وقال أبو حنيفة وأصحابه إن ظهر الحمل بعد الوفاة إعتدت بالشهور وإن كان موجودا حال الوفاة اعتدت عنه بوضعه وعندنا أن عدة المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين إذا كانت حاملا من الشهور أو وضع الحمل . وإذا خلا بها ولم يدخل بها لم تجب عليها العدة ولا يجب لها المهر على أكثر روايات أصحابنا وقال أبو حنيفة الخلوة كالأصابة(١) .

المادة التاسعة والأربعون :

تبتدىء العدة فورا بعد الطلاق أو التفريق ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت .

الإيضاح : مبدأ العدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح وبعد تفريق القاضى أو المتاركة فى النكاح الفاسد وبعد الموت فورا وتنقضى العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت حتى لو بلغها الطلاق أو موت زوجها بعد مضى العدتين فقد حلت للأزواج . ولو أقر الزوج بطلاقها منذ زمن ماض ولم تقم عليه بينة فالعدة تعتبر من وقت الاقرار لا من الوقت المسند إليه وذلك فى الفقه الحنفى(٢) .

وفى فقه الإمامية إذا مات عنها وهو غائب عنها وبلغها الخبر فعليها

---

(١) الخلاف فى الفقة للطوسى . (٢) الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية لقدرى باشا .

العدة من يوم يبلغها و به قال على وذهب قوم إلى ان عدتها من يوم مات سواء بلغها بخبر واحد او متواتر وبه قال ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير وعطا الزهرى والثورى ومالك وابو حنيفة وعامة الفقهاء والشافعى وقال عمر بن عبد العزيز ان ثبت ذلك بالبينة فالعدة من حين الموت وان لم يثبت بالبينة بل بالخبر والسماع فمن حين الخبر واما اذا طلقها وهو غائب فإن عدتها من يوم طلقها لا من يوم يبلغها[١] .

المادة الخمسون : —

تجب نفقة العـــدة للمطلقة على زوجها الحى وان كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة .

الايضاح : قال فقهاء الحنفية اذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعى لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا اما الرجعى فلأن النـكاح بعده قائم لا سيما عندنا فأنه يحل له الوطء واما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يفرض لى رسول الله عليه الصلاة والسلام سكنى ولا نفقة وهى مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا .

لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن اولات أحمال فانفقوا عليهن — ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ماذكرنا والإحتباس قائم فى حق حكم مقصود بالنـكاح وهوالولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه فإنه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله عليه الصلاة

---

(١) الخلاف فى الفقه للطوسى .

والسلام يقول (للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم . ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها[1] .

وفى فقه الإمامية المطلقة الباينة لا تستحق النفقة ولا السكنى إلا أن تكون حاملا وبه قال عبد الله بن عباس وجابر ومن الفقهاء أحمد بن حنبل وقال الشافعى لا تستحق النفقة وتستحق السكنى والمتوفى عنها زوجها لا تستحق النفقة بلا خلاف وعندنا لا تستحق السكنى أيضاً روى ذلك عن على بن ابى طالب رضى الله عنه ومن الفقهاء ابى حنيفة وأصحابه[2].

وأما قوانين البلاد العربية المشرعة فى أحكام الأحوال الشخصية فلم أر ماهو مشرع قانوناً لدى الجمهورية العربية المتحدة فى أحكام العدة إنما الظاهر بقاء ما كان على ما كان . وفى تونس ذكرت أحكام العدة لمن فارقها زوجها بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده وجاء فى تلك الأحكام تعتد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة واعتبرت مدة القرء شهراً كاملا وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً كما جاء فى النص القرآنى لغير الحامل والحامل عدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة .

أما فى التشريع المغربى فابتدأت المادة الثانية والسبعون من أحكام العدة بما يلى : أولات الأحمال اجلهن أن يضعن حملهن وذكرت أحكام العدة كما يلى : عدة المدخول بها غير الحامل ثلاثة أطهار وتكون بذلك سارت فى تفسير القرء بالطهر . واليائسة والتى لا تحيض تعتدان ثلاثة أشهر أما متأخرة الحيض أو التى لم تميزه عن غيره فتتربص تسعة أشهر ثم تعتد

---

(١) الهداية للمرغينانى .

(٢) الخلاف فى الفقه للطوسى.

بثلاثة أشهر وربما انفردت المغرب بهذا التشريع ومصدر احكامها فى ذلك الفقه المالكى . وعـــدة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة .

أما إذا ادعت المعتدة الريبة فى الحمل ونوزعت فى ذلك عرضت على أهل المعرفة وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة فإذا انقضت السنة وبقيت الريبة فى الحمل رفع من يهمه الأمرأمره إلى القاضى ليستعين ببعض الخبراء من الأطباء على التوصل إلى الحل الذى يفضى إلى الحكم بانتهاء العدة أو إلى امتدادها إلى أجل يراه الأطباء ضرورياً لمعرفة مافى البطن هل علة أم حمل . ومن طلقت طلاقاً رجعياً ثم مات زوجها فى العدة انتقلت إلى عدة الوفاة كما هو فى التشريع العراقى . وابتداء العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أوالوفاة أوالفسخ أوالمفارقة فى النكاح الفاسد وهو كذلك فى التشريع العراقى . ولاتلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة وهو كذلك عندنا .

أما قانون العائلة الأردنى فقد شرع فى موضوع العدة أحكام الفقه الحنفى أما التشريع السورى فقد اتجه إلى تفسير القرء بالحيض ثم قال وسنة كاملة لمعتدة الطهر التى لم يجئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس . وثلاثة أشهر للآيسة .

وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام أما الحامل فعدتها تستمر إلى وضع حملها أو اسقاطه مستبينا بعض الأعضاء وبداية العدة من تاريخ السبب ولاتلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة .

إذا توفى الزوج وكانت المرأة فى عدة الطلاق الرجعى تنتقل إلى عدة الوفام ولايحسب مامضي .

إذا توفى الزوج وهى فى عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين .

من هذا يتبين تقارب البــــلاد العربية فى تشريعاتها فيما يختص بهذا الموضوع إلا بعض تفريعات جاءت نتيجة اختلاف بعض أئمة مذاهب الفقه الإسلامى فيها نظراً لإختلاف الأدلة المستند عليها فى الموضوع .

الباب السادس

الولادة ونتائجها

الفصل الأول

فى النسب

المادة الحادية والخمسون : — ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين : —

١ — أن يمضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

٢ — أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكنا .

الايضاح : للأولاد الشرعيين حقوق على آبائهم وامهاتهم فما يترتب على الآباء الحاقهم بهم وتثبيت أنسابهم ولذلك قال تعالى فى محكم كتابه «ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم»[1] ولم تعترف الشريعة بغير الأبناء الشرعيين إذ أبطلت التبنى الذى كان شائعاً قبل مجىء الاسلام (وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل)[2] كما يترتب على الآباء الإنفاق والتربية وعلى الأمهات حق الحضانة والإرضاع وتعهده بالرعاية والعناية حتى ينمو جسمه ويشتد عظمه ولحمه ويستغنى عن غيره فى قضاء حوائجه التى تقوم وجوده وتحفظ مهجته .

---

(١) الاحزاب رقم الآية ٤ .　　(٢) السورة السابقة رقم الآية ٥ .

قال فقهاء الحنفية : يثبت النسب فى النكاح الصحيح إذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر من وقت النكاح وقال بعضهم لا يشترط الدخول فى النكاح الصحيح لكن لابد من الخلوة الصحيحة . أما فى النكاح الفاسد فإذا جاءت به لستة شهور من وقت الدخول فيثبت نسبه وهو رأى الإمام محمد المفتى[١] به . وأقل مدة الحمل ستة شهور وهو رأى يجمع عليه فقهاء المسلمين ومصدر ذلك قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً[٢] وقوله تعالى وفصاله فى عامين[٣] فإذا كان للفصال وهو الفطام عامان فيبقى للحمل ستة أشهر واقصاه مختلف فيها فعند الحنفية سنتان وقال الشافعى أربع وقال مالك خمس سنين .

وقال الظاهرية تسعة أشهر وهو عند بعض الإمامية تسعة أشهر أو عشرة وعند البعض الآخر سنة والأظهر الأخير .

واشترطت الفقرة الثانية إمكانية التلاقى وهو شرط أساسى فإذا تعذرت اللقيا فلا نسب .

وعلى ذلك فيثبت نسب الولد حال قيام الزوجية لصاحب الفراش إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من يوم العقد سواء فى ذلك أن يقربه الزوج أو يسكت فان نفاه منه كان عليه اللعان . ولكن يشترط ثبوت النسب شروط منها أن يكون الزوج متصورا منه الحمل فان كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا يثبت فالشرط أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه ومنها ألا ينفى الزوج الولد نفيا معتبراً بألا يكون قد سبق منه مايدل على الإقرار صراحة أو ضمنا كقبوله التهنئة مثلا ومنها ألا يثبت أنه لم يلتق بالزوجة قط — هذا عند غير الحنفية — أما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه من الزوج[٤].

---

(١) فتاوى قاضيخان . (٢) سورة الاحقاف الآية ١٥ .

(٣) سورة لقمان الآية ١٤ .

(٤) أحكام الزواج والطلاق للشيخ بدران .

ويثبت ولد المطلقة الرجعية عند الحنفية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق فى حالة العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح فلا يصير مراجعا لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعية لأن العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا . والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن زوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام إلا أن يدعيه لأنه التزمه وله وجه وطئها بشبهة فى العدة ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة وبين السنتين(١).

أما فى فقه الإمامية : فهنالك شروط ثلاثة فى لحوق الولد بالزوج سواء كان الزواج دائما أو منقطعاً :

١ — الدخول وهو وطىء الزوجة .

٢ — مضى أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر من حين الوطء .

٣ — عدم التجاوز عن أقصى الحمل وهو تسعة أشهر أو عشرة أو سنة والأظهر الأخير(٢).

---

(١) الهداية للمرغينانى .

(٢) أضواء على قانون الأحوال الشخصية محمد بحر العلوم.

المادة الثانية والخمسون :

١ — الإقرار بالبنوة ولو فى مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله .

٢ — إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة .

الإيضاح : يقسم الفقهاء الإقرار بالنسب إلى قسمين القسم الأول ما كان النسب وتثبيته مقصودا بالذات والقسم الثانى ما كان المقصود منه الإرث ولذلك قالوا الإقرار بالنسب هو الإقرار بالوارث وهو نوعان إقرار الشخص بوارث . ثانيا إقرار الوارث بوارث ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث .

الإقرار بالوارث

يصح الإقرار بالوارث فى حق ثبوت النسب بشروط :

(أ) أن يكون المقر به محتمل الثبوت عقلا فلو كان مستحيلا لم يصح الإقرار ولم يثبت النسب وينبنى على ذلك أنه إذا كان المقر به الولد يجب أن يكون بحال بحيث يولد مثله لمثله ولو كان المقر به الأب أو الأم يجب أيضا أن يكون المقر بحيث يولد مثله للمقر به .

(ب) ألا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غير المقر إن كان ولدا فلو كان معروف الأب لم يصح الإقرار به .

(ج) تصديق المقر به للمقر إن كان له أهلية التصديق كأن يكون عاقلا بالغاً أو مميزا .

(د) أن لا يكون فيه تحميل النسب على غيره فإن كان فيه تحميل النسب على غيره لم يصح الإقرار بالنظر لثبوت النسب وان صدقه المقر

به بذلك الإقرار ولأن اقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره ويترتب على ذلك أنه يجوز إقرار الرجل بأربعة :

١— الأب المباشر .

٢— الأم المباشرة .

٣— الولد المباشر مع مراعاة الشروط المذكورة .

٤— الزوجة مع مراعاة الشروط المذكورة ومع مراعاة أن تكون صالحة لأن تكون زوجة للمقر ساعة الإقرار بأن لايكون هناك مانع من الزوجية من جهته أو جهتها . ويصح إقرار المرأة بثلاث :

١— الأب المباشر .

٢— الأم المباشرة .

٣— الزوج مع مراعاة الشروط المتقدمة فى الجميع ولايجوز إقرارها بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج إلا إذا صدقها ومتى صح الإقرار بالمذكورين ثبت نسبهم واستحقوا الميراث كغيرهم أما إذا أقر بما فيه تحميل النسب على الغير كالإقرار بالعم أو الخال او الأخ او الجد او ابن الابن فلا يثبت بالاقرار وحده النسب وإنما تترتب على المقر حقوق الميراث والنفقة .

المادة الثالثة والخمسون :

إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله .

تقدم الإيضاح عن هذه المادة فيما تقدم .

المادة الرابعة والخمسون :

الإقرار بالنسب فى غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسرى على غير المقر إلا بتصديقه .

الإيضاح : تقدم أن كل إقرار فيه تحميل النسب على الغير لا يتعدى غير المقر وإذا اريد تعديته فيجب أن يصادق من تعدى إليه الإقرار أو شمله لأنه قد تترتب عليه آثار ونتائج تتعلق بالإرث وبالحل والحرمة . أو يثبت بالبينة عن دعوى مافيه تعدية النسب على الغير.

أحكام النسب

فى تشريعات الدول العربية

فى الجمهورية العربية المتحدة : لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينهما من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

التشريع التونسى أخذ بتشريع الجمهورية العربية المتحدة وأضاف إلى باب النسب بعض الأحكام بمواد مستقلة فقال عن كيفية ثبوت النسب إما بالفراش (ويقصد بذلك طبعا الزوجية) أو باقرار الأب أو بشهادة شاهدين من الثقاة فأكثر . وقال لا يعتمد على إقرار يثبت قطعيا مايخالفه (وتفسير ذلك مثلا فيما يختص بالأبوة أو بالبنوة إذا كان لا يولد مثله لمثله فمثل هذا بكذب قطعا) وفيما يختص بإقرار ولد بأبيه أو بأمه أخذ بالحكم فيه لما هو موجود فى التشريع العراقى .

وقد اعتبر أقل مدة الحمل تمام ستة أشهر .

وما كان من إقرار فيه تحميل النسب على الغير اتجه فيه إلى اقتصاره على المقر إن تصادقا ولم يكن للمقر وارث غير المقر به والمعتبر فى ثبوت الوارث وعدمه يوم موت المقر لا يوم الاقرار .

والمستلحق (أى المقر بالنسب) إذا أقر ابتداء ثم عاد وأنكر يرثه المقر له ولا يفيده إنكاره ولكن يبطل فى حق نفسه فلا يرث المقر له إذا توفى هذا الأخير .

وإذا نفى الزوج ولده أو حمل زوجته فلا ينتفى إلا بحكم من

المحكمة . وإذا نفى الحاكم بحكمه الأبوة يحكم بقطع النسب والفراق الأبدى بين الزوجين .

إن التشريع التونسى يعتبر أوسع التشريعات العربية فى تفريعاته وبحثه لأحكام النسب .

اعتبر التشريع المغربى أقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة فإذا انقضت السنة وبقيت الريبة رفع الأمر إلى القاضى ليستعين برأى الخبراء والأطباء لمعرفة ما فى البطن من علة أو حمل .

فى قانون حقوق العائلة الأردنى : جاءت أحكام النسب بمادة واحدة وهى لا يثبت عند الانكار النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد .

أما التشريع السورى فقد أخذ بالتشريع المصرى فى اعتباره أقصى مدة الحمل سنة شمسية . وفيما يختص بالإقرار بالنسب فهو والتشريع العراقى صنوان فكأن كلا من التشريعين استمد من نظيره [١] .

وبالطبع أن الأحكام المشرعة لا تنتظم كل التفريعات فما لم تشمله المواد يرجع إليه إلى الأحكام الفقهية المدونة فى المطولات والتى كان يرجع إليها قبل التشريع النافذ .

---

(١) اعتمدنا فى تلخيص ذلك على القوانين المنشورة فى مدونة الأحوال الشخصية للدكتور صلاح الدين الناهى .

الفصل الثانى

فى الرضاع والحضانة

المادة الخامسة والخمسون :

على الأم إرضاع ولدها إلا فى الحالات المرضية التى تمنعها من ذلك .

المادة السادسة الخمسون :

أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك فى مقابل غذائه .

الإيضاح : يرى بعض فقهاء المالكية وجوب إرضاع الزوجة لولدها على الإطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك إطلاقا وقوم فرقوا فى مركز المرأة الاجتماعى فلم يوجبوا على الشريفة ذات الأسرة الرفيعة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وأوجبوه على من كانت دون ذلك وهو مشهور قول مالك . والتفريق بين النساء فى ذلك مرده العرف والعادة .

وسبب اختلاف المالكية فى ذلك هو هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى إيجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وايجابه وأنها من الإخبار التى مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الرضاع [1] والآية التى يشير إليها ابن رشد فى بدايته هى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) [2] وهذه الصيغة مقتضاها الوجوب إن خص

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد . (٢) سورة البقرة الآية ٢٢٣ .

النص بمادة عدم قبول الصبى ثدى الغير أو فقدان الظئر أو عجز الوالد عن الاستئجار .

وأما المطلقة عند المالكية فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل الرضيع ثدى غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع والإجماع على هذا لقوله سبحانه وتعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)[١] وصدر الآية يدل على أن الإرضاع واقع بعد فرقة الطلاق حيث جاءت بالصيغة التالية (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وائتمروا بينكم بمعروف وأن تعاسرتم فسترضع له أخرى[٢].

أما عند فقهاء الحنفية فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه وذلك على قول فى تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها (بإلزامها الإرضاع مع كراهتها) وذلك إذا كان يوجد من ترضعه أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للطفل من الضياع ويستأجر الأب من ترضعه عندها وإن استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز .

أما عند الإمامية فليس للرجل أن يجبر زوجته على الرضاع لولدها منه شريفة كانت أو مشروفة موسرة كانت أو معسرة دنية كانت أو نبيلة والبائن إذا كان لها ولد يوضع ووجد الزوج من يرضعه تطوعا وقالت الأم أريد أجرة المثل كان له نقل الولد عنها[٣].

---

(١) بداية المجتهد

(٢) سور الطلاق رقم الآية ٧ .

(٣) الخلاف فى الفقه للطوسى .

أما فى البلاد العربية فقسم من القوانين لم تبحث عن أحكام الرضاع إنما تركت ذلك للأحكام الفقهية التى كانت نافذة قبل التشريعات القائمة غير أنه وجد فى التشريع التونسى مايلى : على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضية العرف والعادة إذا تعذر على الأم ارضاع الولد .

وفى التشريع السورى : ١ — اجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك مقابل غذائه .

٢ — لاتستحق الأم اجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو فى عدة الطلاق .

المتبرعة احق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع فى بيت الأم .

المادة السابعة والخمسون :

١ — الأم النسبية أحق بحضانه الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة .

٢ — يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية الولد وصيانته غير متزوجة بأجنبي عن المحضون .

٣ — إذا اختلف الزوجان فى أجرة الحضانة ومدتها قدرها القاضى فى مصلحة الصغير .

٤ — للأب وغيره من الأولياء النظر فى أمر المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لايبيت إلا عند حاضنته مالم يحكم القاضى بخلاف ذلك .

٥ — للقاضى أن يأذن بتمديد حضانة الصغير إذا تبين أن مصلحته تقضى بذلك .

الإيضاح : الحضانة بفتح الحاء وبكسرها والفتح أشهر معناها لغة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنته وتربيته مأخوذة من الحضن بكسر الحاء الجنب لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها وفى الشرع حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه مما يضره بقدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته .

وعند فقهاء الحنفية أحق الناس بالحضانة الأم سواء كانت متزوجة بالأب أو مطلقة ثم من بعدها أمها وأم أمها وهكذا ولابد أن تكون أم الأم صالحة للحضانة فإذا ماتت أم الأم أو تزوجت بغير محرم للصغير انتقل حق الحضانة لأم الأب وإن علت ثم للأخت الشقيقة ثم للأخت لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم وبالجملة فجهة الأمهات مقدمة على جهة الآباء . أما بنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة فلا حق لهن فى الحضانة .

فإذا لم يكن للصغير إمرأة من أهله المذكورات تستحق الحضانة إنتقلت الحضانة إلى عصبته من الرجال فيتقدم الأب ثم أبو الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب حسب ترتيب العصبات أما الأنثى فلا تدفع إلى أبناء الأعمام لأنها ليست محرما بالنسبة لهم فإذا لم يكن للصغيرة إلا أبناء الأعمام فالنظر فى ذلك للقاضى فإن شاء دفعها إليهم وإلا دفعها عند إمرأة أمينة[1] .

ويشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها بإنشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه فى بيت المبغضين له ولا فرق

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة .

فى ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات وإذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للصغير سقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا[١] .

وأجرة الحضانة ثابتة للحاضنة سواء كانت أماً أو غيرها وهى غير أجرة الرضاع وغير نفقة الولد فيجب على الأب أو من تجب عليه النفقة أجور ثلاث أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد فإذا كان للولد المحضون مال أخذ من ماله وإلا فعلى من تجب عليه نفقته . وهل تشمل أجرة الحضانة النفقة بجميع أنواعها حتى المسكن أو لا مسكن لها؟ والجواب أن الحاضنة إذا كان لها مسكن يسكن الولد تبعا لها فلا بد يقدر لها أجرة مسكن وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجرة مسكن لإيوائه[٢] .

وأجرة الحضانة تستحق إذا كانت الزوجية غير قائمة أما إذا كانت الأم فى حبائل الزوجية أو فى العدة فلا تستحق أجر الحضانة ولا أجر الرضاع لأن نفقة الحاضنة على زوجها حال قيام الزوجية وأثناء عدتها إذا طلقت . وإذا وجبت أجرة الحضانة وللطفل مال فتؤخذ من ماله لأن نفقة كل إنسان فى ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها ولو كانت ذات مال . أما المتبرع بالحضانة فإذا كان أجنبيا عن الصغير وللصغير مال فيعطى لمن هو أهل للحضانة بأجر المثل من ماله . أما إن كان المتبرع من أقارب الصغير فإن الأم تخير بين إمساكه مجانا أو إعطائه لأقاربه مجانا إلا إذا كان الاب موسرا ولا مال للصغير فإن الأم أولى بحضانته بالأجرة .

أما إذا كان الأب معسرا وكان الصغير موسرا وهنالك متبرعة فتفضل المتبرعة إذا امتنعت الأم عن الحضانة إلا بأجر من مال الصغير للضرر عليه فى هذه الحالة .

ولا تجبر الأم على حضانة الصغير إذا امتنعت وكانت هنالك ذات

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة .

رحم محرم للصغير صالحة للحضانة وإلا اجبرت أما الأب فإنه يجبر على ضمه بعد بلوغ مدة الحضانة .

أما سفر الحاضنة بالمحضون فقد قال فقهاء الحنفية لهذه المسألة صور ثلاث . أن تكون الحاضنة اما مطلقة وأن يكون الأب موجودا وتريد الأم أن تنتقل بإبنها الى بلدة أخرى وفى هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا بشرطين أن تكون مطلقة طلاقا بائنا أو طلاقا رجعيا وقد انقضت عدتها أما اذا لم تنقض عدتها فإنها لا يجوز لها الإنتقال ولا الخروج حتى تنقضى العدة . الشرط الثانى أن لا تكون البلدة التى تريد الانتقال إليها بعيدة ليس بينها وبين البلدة القائم بها ابوه تفاوت بحيث يمكنه أن يزور ولده ويرجع فى يومه بصرف النظر عن سرعة المواصلات ويجوز لها أن تنتقل الى بلدة بعيدة بشرطين : أحدهما أن يكون قد عقد عليها فى هذا البلد ثانيا أن تكون هذه البلدة وطناً لها .

الصورة الثانية اذا كانت الحاضنة غير أم لام وهذه ليس لها أن تنتقل عن بلدة أبيه دون اذنه .

الصورة الثالثة ان يكون ابوه متوفى وهى فى عدة الوفاة وفى هذه الحالة لا يجوز لها الخروج الا بإذن وليه الذى حل محل أبيه أما بعد إنقضاء عدتها فيترك الامر لإجتهاد القاضى ليقرر ما فيه مصلحة الصغير[١] .

وأما فيما يختص بسن الحضانة فقد جاء بكتب فقهاء الحنفية : والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغنى وقدر بسبع سنين وقال القدورى حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده وقدره ابو بكر الرازى بتسع سنين والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض .

والظاهر ان مدة الحضانة مسألة اجتهادية لذا جعل من حق القاضى

---

(١) أنظر كتاب الفقه على المذاهب الأربعة — أى فقهاء الحنفية .

تمديدها إذا إقتضت مصلحة الصغير ذلك كما أن تقدير أجرة الحضانة تقدر بمعرفته وتحت إشرافه بمعرفة أهل الخبرة العارفين بأحوال الطرفين وبعد أن يستغنى الغلام وتبلغ الجارية يضم هؤلاء إلى العصبة يقدم الأقرب فالأقرب ويمسكه هؤلاء ان كان غلاما إلى ان يدرك فبعد ذلك ينظر ان كان قد إجتمع رأيه وهو مأمون على نفسه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء وان كان غير مأمون على نفسه فالأب يضمه إلى نفسه ويوليه ولا نفقة عليه إلا إذا تطوع كذا فى شرح الطحاوى. والجارية إن كانت ثيباً وغير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها ويضمها إلى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلى سبيلها وتنزل حيث أحبت كذا فى البدائع. وان كانت البالغة بكرا فللأولياء حق الضم وان كان لا يخاف عليها الفساد إذا كانت حديثة السن واما إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأيها وعفتها فليس للأولياء الضم ولها أن تنزل حيث أحبت لا يتخوف عليها كذا فى المحيط[1].

ويلاحظ أن توجيه المحضون من حيث دراسته وتربيته والانفاق عليه إنما يكون لوليه وعليه تقع مسؤولية ذلك ولا تعارضه الحاضنة فى ذلك إنما لا يبيت المحضون عند غير حاضنته لأنهـــا أحن عليه وأوفر شفقة وملاحظة.

وفى فقه الإمامية الأم أحق بالولد مدة الرضاع وإن كان ذكرا إذا كانت الأم حرة مسلمة عاقلة فإن فصل عن الرضاع فالأم أحق بالأنثى إلى سبع سنين وقيل إل تسع وقيل مالم تتزوج الأم وقيل إلى سبع فيهما والأب أحق بالذكر بعد فصاله إلى البلوغ وأحق بالأنثى بعد السبع هذا كله إذا كان الأبوان موجودين فإن مات أحدهما كان الآخر أحق بالولد مطلقاً من جميع الأقارب إلى أن يبلغ وكذلك الأم أحق من الوصى بالابن وكذا بالبنت بعد السبع كما هى أحق من الأقارب وإن تزوجت

---

(١) فتاوى الهندية الجزء الأول باب الحضانة.

فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب فإن فقد أبو الأب فللأقارب الأقرب منهم . ولو تزوجت الأم بغير الأب مع وجوده كاملا سقطت حضانتها فإن طلقت عادت الحضانة . ولاشبهة فى أن الحضانة حق لمن ذكر ولكن هل تجب عليه أم له إسقاط حقه منها ؟ الأصل يقتضى ذلك وهو الذى صرح به المصنف فى قواعده فقال لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به قال ولو امتنعا معا فالظاهر إجبار الأب[١].

الحضانة فى تشريعات البلاد العربية :

الظاهر أن الجمهورية العربية المتحدة شرعت مادة واحدة تتعلق بسن الحضانة وقد جاء فيها للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى أحد عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك .

وفى التشريع العراقى جاء جواز التمديد مطلقا دون أن يحدد . . أما باقى أحكام الحضانة فبقيت على ماهى عليه فى الجمهورية العربية المتحدة ولم تشرع أحكامها بعد إنما أتبع فيها بقاء ما كان على ما كان .

أما التشريع التونسى فاستقلت أحكام الحضانة بفصل خاص ومرد تلك الأحكام هو الفقه الإسلامى وأغلبها من الفقه الحنفى فقد عرف الحضانة وأبان أنها حق لاتجبر عليها الحاضنة إلا إذا لم يوجد غيرها والأصل أن تكون مصاريف شئون الحضانة من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه ثم جعل الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة بينهما فإذا انفصمت الزوجية بطلاق أو موت فمستحقو الحضانة على الترتيب هم أم المحضون ثم جدته من قبل الأم ثم خالته ثم خالة الأم

---

(١) اللمعة الدمشقية .

ثم عمة الأم ثم جدة المحضون من قبل الأب ثم أبوه الخ . ويشترط فى مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادراً على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية وحق الحضانة يقبل الاسقاط وينتقل إلى من يليه فى الرتبة . وسن الحضانة للصبى سبع سنين وللصبية تسع سنوات وفيما بعد هذا الأمر إذا طلب الأب نقل المحضون إليه يجاب الى طلبه مالم ير الحاكم أن من الأصلح بقاءه عند الحاضن .

أما فى التشريع المغربى فلم الحظ مواد خاصة بأحكام الحضانة فى مدونة الأحوال الشخصية المغربية إمماجاء فى الباب السابع الفصل الثانى والثمانون (كل مالم يشمله هذا القانون يرجع فيه الى الراجع او المشهور أو ماجرى به العمل من مذهب الامام مالك) .

وفى التشريع الأردنى جاءت مادة واحدة تتعلق بانتهاء سن الحضانة للصبى اذا أتم سبع سنوات والصبية اذا اتمت السابعة ويجوز تمديد كل منهما سنتين اذا اقتضت مصلحة الصغيرين ذلك وبالطبع يكون التمديد من قبل القاضى .

اما التشريع السورى فيشبه الى حد كبير التشريع العراقى وينفرد ببعض الأحكام منها تعـــدد أصحاب حق الحضانة فللقاضى حق اختيار الأصلح .

وأجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير ولا تزيد على نصف نفقته اذا نشزت المرأة وكان الاولاد فوق الخامسة كان للقاضى وضعهم عند أى الزوجين شاء على ان يلاحظ فى ذلك مصلحة الاولاد بالاستناد الى سبب موجب . تنتهى مدة الحضانة بإكمال السابعة للغلام . والتاسعة للبنت ويجوز تمديد حضانة كل منهما سنتين .

لولى الانثى أن يضمها الى بيته اذا كانت دون الاربعين من العمر ولو كانت ثيبا فإذا تمردت عن متابعته بغير حق فلا نفقة لها عليه .

الباب السابع

نفقة الفروع والأصول والاقارب

المادة الثامنة والخمسون :

نفقة كل إنسان فى ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها .

الايضاح : للإنسان المكلف ولاية على نفسه وعلى ماله وهو المسؤول فى الانفاق على مايقوم اوده ويحفظ وجوده ويديم مهجته من ماله إذا كان له مال إلا الزوجة فنفقتها على زوجها نظرا لصراحة النص «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن»(١) وقوله تعالى «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا(٢) لينفق ذو سعة من سعته»(٣) «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة» . وقوله عليه الصلاة والسلام : ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم من تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن(٤) ويقول الفقهاء ان نفقتها ترتبت على زوجها عوض احتباسها فى بيت الرجل لمصلحته ولجهدها فى شؤون بيته . فالانفاق عليها من قبله يصبح امرآ طبيعيا .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٣ .　　(٢) سورة النساء رقم ٣٤.

(٣) سورة الطلاق الآية رقم ٧ .

(٤) التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول .

المادة التاسعة والخمسون

١ -- إذا لم يكن الولد مال فنفقته على أبيه مالم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب .

٢ — تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذى يتكسب فيه أمثاله مالم يكن طالب علم .

٣ — الابن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير .

الايضاح : هذه المادة والأخرى التى بعدها تتكلم عن نفقات الفروع على الأصول والأصل فى ترتب هذه النفقات أو نفقات الأصول على الفروع هو يسار المنفق وإعسار المنفق عليه .

ولذلك قال الفقهاء فى القسم الأول ونفقات الأولاد الصغار الفقراء على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه فى نفقة الزوجة أحد مالم يكن معسرا فيلحق بالميت فتجب على غيره إلا الأم فإنها فى هذه الحالة إذاكانت موسرة فإن القاضى يأمرها بالانفاق على الصغير ويكون دينا على الأب يرجع به عليه وإن كان الولد رضيعا فليس على أمه ان ترضعه لأن إرضاعه يجرى مجرى نفقته وقد قيل فى قوله تعالى «لا تضار والدة بولدها»[١] اى بإلزامها بإرضاعه مع كراهتها وهذا إذا كان يوجد فى المراضع من يرضعه غيرها اما إذا كان لا يوجد سواها فإنها تجبر على ارضاعه صيانة له عن الهلاك فعلى هذا لا أجرة لها ويستأجر الأب من ترضعه عندها فإن إستأجرها وهى زوجة أو معتدة لترضع ولدامنه لم يجز وإن انقضت عدتها فأستأجرها على إرضاعه جاز[٢] . والذكور من الأولاد إذا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا فى أنفسهم يدفعهم الأب إلى عمل ليكسبوا أو يؤاجرهم وينفق عليهم من أجرتهم وكسبهم وأما الأناث فليس للاب أن

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ . (٢) الجوهرة النيرة .

يؤاجرهن فى عمل أو خدمة . ثم فى الذكور إذا سلمهم فى عمل فاكتسبوا أموالا فالأب يأخذ كسبهم وينفق عليهم من كسبهم وما فضل من نفقتهم يحفظ ذلك عليهم إلى وقت بلوغهم كسائر أملاكهم فإن كان الأب مبذراً مسرفاً لا يؤمن على ذلك فالقاضى يخرج ذلك من يده ويجعله فى يد أمين ويحفظ لهم فإذا بلغوا سلم إليهم كذا فى المحيط وقال الأمام الحلوانى إذا كان الابن من أبناء الكرام ولا يستأجره الناس فهو عاجز وكذا طلبة العلم إذا كانوا عاجزين عن الكسب لا يهتدون إليه لا تسقط نفقتهم عن آبائهم إذا كانوا مشتغلين بالعلوم الشرعية . ونفقة الأناث واجبة مطلقا على الآباء مالم يتزوجن إذا لم يكن لهن مال كذا فى الخلاصة . ولا يجب على الأب نفقة الذكور الكبار إلا أن يكون الولد عاجزا عن الكسب لزمانة أو مرض ومن يقدر على العمل لكن لا يحسن العمل فهو بمنزلة العاجز[1] . وما تقدم من تعليق على المادة مصدره الفقه الحنفى .

أما فى فقه الإمامية فتجب النفقة على الأبوين فصاعدا والأولاد فنازلا ذكورا كانوا أم أناثا لأبن المنفق أم لبنته وتستحب النفقة على باقى الأقارب من الاخوة والاخوات وأولادهم والاعمام والاخوال ذكورا وأناثا وأولادهم ويتأكد الاستحباب فى الوراث منهم فى اصح القولين وقيل تجب النفقة على الوارث مثل ذلك بعد قوله تعالى« وعلى المولود لهرزقهن وكسوتهن بالمعروف»وانما يجب الانفاق على الفقير العاجز عن الكسب ويشترط فى المنفق أن يفضل ماله عن قوتة وقوت زوجته والأب مقدم على الأم وغيرها فى الإنفاق على الولد مع وجوده ويساره ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعدا يقدم الأقرب منهم فالأقرب وإن عدمت الآباء أو كانوا معسرين فعلى الأم مع وجودها ويسارها ثم

---

(١) فتاوى الهندية .

على أبويها بالسوية لا على جهة الإرث وأم الأب بحكم أم الأم وابيها[1].

المادة الستون :

١ — إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب .

٢ — تكون هذه النفقة دينا على الأب للمنفق يرجع بها عليه إذا أيسر .

الإيضاح : سبق أن جرى تعليق على احكام هذه المادة ضمن المادة المتقدمة وقلنا هنالك أن الفقهاء يعتبرون المعسر فى حكم الميت ويحل محله فى ترتب النفقة من يليه فليرجع إليه .

المادة الحادية والستون :

يجب على الولد الموسر كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب مالم يظهر الأب اصراره على اختيار البطالة.

الإيضاح : قال فقهاء الأحناف يجبر الولد الموسر على نفقة أبويه المعسرين مسلمين كانا أو ذميين قدرا على الكسب أو لم يقدرا بخلاف الحربيين المستأمنين ولا يشارك الولد الموسر أحد فى نفقة أبويه المعسرين كذا فى العتابية . واليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبى يوسف رحمه الله ، تعالى وعليه الفتوى والنصاب نصاب حرمان الصدقة هكذا فى الهداية .

---

(١) اللمعة الدمشقيه.

وإذا اختلطت الذكور والإناث فنفقة الابوين عليهما على السوية في ظاهر الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وبه يفتى وإن كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصاباً كانت النفقة عليهما على السواء ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا كانت النفقة عليهما على السواء كذا فى فتاوى قاضيخان . قال الشيخ الامام شمس الأئمة قال مشايخنا رحمهم الله تعالى إنما تكون النفقة عليهما على السواء إذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيراً وأما إذا تفاوتا تفاوتا فاحشا فيجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة[1] وذلك ماعليه القضاء العراقى إذ تقدر بمعرفة الخبراء المنتخبين العارفين بأحوال الطرفين ويقدر مايكفى مدعى النفقة ومستحقها ثم يوزع ذلك على رؤوس من تترتب عليهم النفقة الشرعية كل حسب مقدرته المالية ويحكم على من اقيمت عليه الدعوى بما اصابه من التقسيم إذ قــد تقام دعوى النفقة على بعض من تترتب عليهم دون البعض الآخر .

وفى فقه الإمامية لاتجب النفقة على غير العمودين من الأقارب كالاخوة والاخوال والاعمام وغيرهم لكن تستحب وتتأكد فى الوارث منهم ويشترط فى وجوب الانفاق الفقر وهل يشترط العجز عن الاكتساب؟ الاظهر اشتراطه لان النفقة معونة على سد الخلة والمكتسب قادر فهو كالغنى ولا تقضى نفقة الاقارب[2].

المادة الثانية والستون : —

تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر ارثه منه .

---

(١) فتاوى الهندية .

(٢) الشرائع .

الإيضاح : فى الفقه الحنفى يوجد قيد ذى الرحم المحرم أى تجب النفقة لكل ذى رحم محرم فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من اقاربه الموسرين ودليلهم فى ذلك «وعلى الوارث مثل ذلك» وفى قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك أما فى فقه الامامية فلا تجب النفقة فى هذه الحالة وإنما تتأكد إستحباباً على الوارث مطلقا ويقصد بالطبع بالوارث أهلية الارث .

المادة الثالثة والستون : —

يقضى بنفقة الاقارب من تاريخ الإدعاء .

الإيضاح : النفقة عند فقهاء الاحناف لاتترتب إلا من تاريخ القضاء أو الرضا على اختلاف أنواعها ولا تقضى ونفقة الاقارب كذلك هى فى فقة الامامية لاتقضى أيضا والاصل فى ترتبها تاريخ الحكم أو الرضا ولكن المشرع هنا اعتبر أن تاريخ المطالبة القضائية هو كتاريخ الحكم لما كان ثابت الترتب .

أما فى تشريعات البلاد العربية فلم أر فيما بين أيدينا من تشريعات تختص بالأحوال الشخصية فى الجمهورية العربية أحكاما مقننة تختص بنفقة الأقارب أما فى تونس فقد وجد أن التشريع هنالك اعتبر الأقارب صنفين وهما المستحقان للنفقة : الابوان وآباء الأب وإن علوا . وأولاد الصلب وإن سفلوا . وجعل القاعدة الاساسية التى تنبنى عليها مسؤولية الانفاق على الفروع للاصول هى يسار المنفق وفقر المنفق عليه والقاعدة مطردة بالنسبة للصنفين . ويجرى توزيع النفقة على أساس اليسار لا على الرؤوس ولا على الإرث .

أما فيما يتعلق بنفقة الاولاد الصغار أو العاجزين والاناث فتجب على الآباء وتستمر النفقة على الانثى إلى أن تجب نفقتها على الزوج وتستمر

على الذكر حتى بلوغه السادسة عشر وإقتداره على التكسب والام حال عسر الأب مقدمة على الجد فى الانفاق على ولدها . وتشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات فى العرف والعادة وإذا تعدد المستحقون للنفقة ولم يستطع المنفق القيام بالانفاق عليهم جميعاً قدمت الزوجة على الأولاد والأولاد الصغار على الأصول .

أما فى قانون العائلة الأردنى فقد اشترط فى نفقات الأقارب فقر المنفق عليه وعدم القدرة على الكسب فى غير الوالدين أما الوالدان فمجرد الفقر كاف لاستحقاق النفقة وإذا كان لدى المنفق عليهم بعض المال يكفى بعض الحاجة فعلى الواجب عليه النفقة تكملة الباقى . وإذا اجتمع الوارث من الأصل والفروع مع الوارث من غيرهما تجب النفقة بقدر الإرث وتفرض النفقة للصغار وفاقدى الأهلية إعتبارا من تاريخ الطلب . أما التشريع السورى فهو كالتشريع العراقى تماما وقد وجد فى التشريع السورى هذه المادة زيادة على مافى العراقى . لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للاصول والفروع(١) .

---

(١) مرجع التشريعات فى البلاد العربية مدونة الدكتور صلاح الدين الناهى .

الباب الثامن

فى الوصاية

الفصل الأول

الوصـــية

المادة الرابعة والستون :

الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض .

الإيضاح : يظهر أن المشرع أراد فى الوصاية ما يعم الوصية والإيصاء والفقهاء يفرقون بينهما فى أثناء تعاريفهم للقسمين فيعرفون الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بلا عوض وقد اصطلحوا على تسميه المملك بعد الوفاة موصى له كما أنهم يعرفون الإيصاء بأنه إقامة الشخص إنساناً آخر مقامه ليتصرف فى شؤون تركته وأولاده بعد وفاته ويطلقون على الشخص المقام للادارة بعد وفاة الموصى موصى إليه . ويطلق فقهاء الأمامية على القسم الأول الوصية التمليكية وعلى القسم الثـــانى الوصية العهدية .

وقد عرف بعض فقهاء الحنفية الوصايا وجعلها تنتظم القسمين . فقال الوصايا جمع وصية والوصية طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصى أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعد وتنفيذ وصاياه وغير ذلك .

وهى عند فقهاء الحنفية قضية مشروعة وقربى مندوبة دل على ذلك الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها أو دين» وهذا دليل شرعيتها والسنة ما روى : أن سعد بن أبى وقاص مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث فقال يارسول الله إنى لا أخلف إلا بنتا أفا وصى بجميع مالى قال لا قال فبثلثه قال الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس . وقال عليه الصلاة والسلام إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم تضعونه حيث شئتم وفى رواية حيث أحببتم وهذا يدل على شرعيتها وينفى وجوبها وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته تحت رأسه وهذا يدل على الندبية وأما الإجماع فإن الأئمة المهديين والسلف الصالح أوصوا وعليه الأمة إلى يومنا هذا .

وهى مقدرة بالثلث تصح للأجنبى وهى مطلقة لا تتقيد بالمسلم ولا بغيره (١) ولا تتوقف الوصية بالثلث على إجازة الورثه . وركن الوصية إيجاب يصدر من أهله وقبول من الموصى له بعد الموت فإن قبلها حال الحياة أوردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو أحد قولى الشافعى : هو يقول الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الأرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية .

ويرى فقهاء الحنفية أن الوصية إثبات ملك جديد ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله أما الوراثة فخلافة وتثبت جبرا من الشرع من غير قبول إلا فى مسألة واحدة وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته (٢) .

---

(١) الإختيار .
(٢) الهداية .

وفى فقه الإمامية تعرف الوصية بأنها تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة وتفتقر إلى إيجاب وقبول وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الوصى وقبول الموصى له تنتقل بالموت منفردا عن القبول ولو قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة آكد وإن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يرد[1]

المادة الخامسة والستون :

١ — لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابى موقع من الموصى أو مبصوم بختمه أو طبعة ابهامه فإذا كان الموصى به عقارا أو منقولا تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل .

٢ — ويجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

الايضاح : أراد المشرع تفادى كثير من المشاكل ودرء ما يحدث بين ذوى العلاقة فى أمر التركة من حيث وجود وصية أو عدم وجود شىء من هذا القبيل وأراد أن يحتاط وهدفه سلامة التصرفات وتثبيت الحقيقة لذلك جعل البينة الثبوتية للوصية الأدلة الكتابية . وليس الدليل الكتابى شرطا للإنعقاد إنما هو بينة ثبوت الانعقاد فإذا أقر الورثة أن هنالك وصية من مورثهم بالثلث إلى فلان فيؤخذ باعترافهم ولا أدل على ذلك من جواز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى وقد جعل الدليل الكتابى من حيث القوة قسمين مالا يحتاج فيه إلى تصديق من جهة مختصة إنما يجب التأكد والتثبت من صدوره من الموصى بالطرق الأصولية وهو ما أحتوى على منقولات حدها الأعلى خمسمائة دينار وهى موصى بها وتعود لموصى له والدليل الكتابى الذى يجب أن يصدق فيه على الإمضاء والتاريخ من الكاتب العدل ليعتد به وهو ما احتوى على مال غير منقول مهما كانت قيمته أو منقول تزيد

---

(١) الشرائع .

قيمته على خمسمائة دينار وكان مضمون الدليل الكتابي وصية تمليكية لموصى له معين .

لقد أبانت الفقرة الثانية المسوغات التي تجيز إثبات الوصية بالبينة الشخصية وهى وجود موانع مادية تحول دون الحصول على الدليل الكتابي كما إذا كان الشخص الموصى موجودا فى محل ليس فيه من يكتب أو يقرأ وحضرته الوفاة وهو بمزرعته خارج المدينة لمسافة لا تقل عن خمسين كيلو مترا أو أكثر وفاجأته نوبة مرضية شعر أنه مفارق وأوصى لأحد أمام شهود ديوانه الجالسين معه أو كان طريق برى متجه فيه إلى الحج ومعه فى السيارة من لا يقرأ ولا يكتب فهذه حالات احتاط لها المشرع واجاز فيها قبول البينة الشخصية وجاء قبولها فى الإثبات مطلقا فى كل دعاوى الوصية قليلها وكثيرها فى المنقول والعقار .

المادة السادسة والستون :

الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ إذا لم يعترض عليها من قبل ذوى العلاقة .

الايضاح : يقصد بالتنظيم ما أنشىء من قبل الجهة المختصة كأن تنظم المحكمة الشرعية حجة الوصاية بعد مراجعة الموصى لها بطلب تحريرى وطلبه تنظيم حجة بوصايته وكذلك السند المنظم من قبل الكاتب العدل وقد قبل قانون التنفيذ قابلية ماهو أقل قوة من هذين للتنفيذ فمن باب أولى أن يقبل نفاذ أمثال هذه وقد تحتوى الوصية شيئاً معينا هو دون الثلث بكثير فباستطاعة دوائر التنفيذ المضى فى قبول المستند واجراء مايقتضى أما إذا إحتوى المستند على أموال غير منقولة وهى متعددة فهنا لابد من التثبت من كونها تخرج من الثلث أو لاتخرج وقد يكون من الحرج تنفيذها بالنظر لما يتطلبه القانون .

فلا سعة لرئيس التنفيذ من الامتناع عن التنفيذ والطلب إلى الموصى له بالرجوع إلى المحاكم وقد يعترض الورثة على المستند نفسه لأسباب قانونية تقنع رئيس التنفيذ ففى هذه الحالة أيضا على رئيس التنفيذ أن يوقف اجراآته ويطلب إلى الموصى له الرجوع إلى المحكمة المختصة لاستحصال حكم بعد إقامة دعوى وفق الأصول .

المادة السابعة والستون :

يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا مالكا لما أوصى به .

المادة الثامنة والستون :

يشترط فى الموصى له :

١ — أن يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصى . وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام .

٢ — أن لا يكون قاتلا للموصى .

المادة التاسعة والستون :

يشترط فى الموصى به أن يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصى .

الايضاح : لابد أن يتحقق فى كل وصية تمليكية وجود موصى له وموصى به .

وهذه الركائز الثلاث هى التى تقوم عليها الوصية ويجب أن تتوفر فى كل منها شرائط لتنعقد الوصية .

ويجب أن تتوفر فى الموصى أهلية التمليك وهى :

أولا : البلوغ فلا تصح وصية الصغير سواء كان مراهقا أولا ماذونا فى التجارة أولا مميزاً أولا. نعم تصح وصاية المميز فى شىء واحد وهو الوصية بتجهيزه ودفنه وعلى ذلك يحمل ماورد عن عمر رضى الله عنه من إجازته وصية صبى مراهق .

ثانيا : العقل فلا تصح وصية المجنون حال جنونه . وإذا وصى حال إفاقته ثم جن فإن كان جنونه مطبقا واستمر ستة أشهر بطلت الوصية وإلا فلا أما إذا وصى وهو سليم ثم طرأ عليه وسواس حتى صار معتوها واستمر كذلك حتى مات بطلت الوصية .

ثالثاً : أن لا تستغرق الديون مالية الموصى كلها فإن كان كذلك فإن الوصية لا تصح .

رابعا : أن لا يكون هازلا ولا مخطئا ولا مكرها .

خامسا : أن لا يكون وارثا وقت الموت لا وقت الوصية وإذا أجازت الورثة الوصية للوراث فإنها تنفذ .

سادسا: أن لا يكون الموصى معتقل اللسان فإذا طرأ على لسانه مرض منعه من النطق فإن وصيته لا تصح إلا إذا استمر زمنا طويلا فصار كالأخرس بحيث يتكلم بالإشارة المعهودة وحينئذ تكون إشارته وكتابته كالنطق .

ويشترط فى الموصى له أمور :

منها أن يكون أهلا للتملك فلا تصح الوصية لمن لا يملك كما إذا قال أوصيت بهذا التبن لدواب فلان وهذا لا يصح بصيغة التمليك ولكن إذا قال أوصيت بهذا التبن ليعلف به دواب فلان فإنه يصح ولا يشترط القبول فى مثل هذه الحالة لأن للوصية جهتين إذ هى تارة تشبه الهبة وفى هذه الحالة يشترط لها القبول فمتى كان القبول ممكنا بحيث يتأتى من

الموصى له كان شرطا لنفاذها وتارة تشبه الميراث فلا يشترط فيها القبول عند تعذره كالوقف على الفقراء والمساكين . ومنها أن يكون حيا وقت الوصية ولو تقديرا فيشمل الوصية للجنين . ومنها أن لا يباشر قتل الموصى عمدا أو خطأ فإذا أوصى شخص لآخر ثم قتله الموصى له بعد الوصية بطلت وكذا إذا ضربه ضربة قاتلة ثم أوصى له بعد الضربة ومات فإن وصيته تبطل . وإذا أجازت الورثه الوصية للقاتل خطأ جاز وأما القاتل عمدا بعد الوصية فإن الوصية تبطل بأتفاق ولو أجازتها الورثة وإذا كان القاتل صبيا أو مجنونا نفذت الوصية ولو لم تجزها الورثة ومنها أن يكون الموصى له معلوما ويكفى عمله بالوصف كالمساكين والفقراء فتصح الوصية كما إذا قال أوصيت للفقراء أو المساكين .

ويشترط فى الموصى به أمور : منها أن يكون قابلا للتملك بعقد سواء كان مالا أو منفعة فكل ما يصح تملكه بعقد البيع ونحوه أو بعقد الاجازة كمنافع الدار والدواب ونحوهما فإنه يصح الوصية به ولا يشترط أن يكون الموصى به موجودا فى الحال فتصح الوصية بالمعدوم المحتمل وجوده كالوصية بثمر بستان لفلان مادام فلان حيا. نعم إذا كان الموصى به معينا فإنه يشترط أن يكون موجودا وقت الوصية . ومنها أن يكون الموصى به ثلث المال فلا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة وهم كبار . ولا تنفع إجازتهم فى حال حياته بل لابد من الاجازة بعد موته . وإذا أوصى بجميع ماله لشخص وليس له وارث نفذت وصيته بدون إجازة بيت المال[١] . وهذه الشروط التى ذكرت مستمدة من الفقه الحنفى .

أما الشرائط التى يجب توفرها فى مكونات الوصية فى فقه الإمامية

---

(١) لخصت هذه الشروط من كتاب الفقه على المذاهب الاربعة .

فقد قالوا يشترط فى الموصى كمال العقل والحرية فلا تصح وصية المجنون ولا الصبى مالم يبلغ عشرا فإن بلغها فوصيته جائزة فى وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر ولا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد من الأب خاصة ولا ولاية للأم ولا تصح منها الوصية عليهم .

وشرائط الموصى به أن يكون ملكا وهو إما عين أو منفعة ولا يصح بالخمر ولا الخنزير ولا الكلب الهراش وما لا نفع فيه ويكون الموصى به بقدر ثلث التركة فما دون ولو أوصى بما زاد بطلت فى الزائد إلا أن يجيز الوارث ولو كانوا جماعة فأجاز بعضهم نفذت الإجازة فى قدر حصتهم من الزيادة وإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة ويعتبر الثلث وقت الوفاة لاوقت الوصاية .

أما الموصى له فيشترط فيه الوجود فلو كان معدوما لم تصح الوصية كما لو أوصى لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية وتصح الوصية للاجنبى وللوارث وتصح للذمى ولو كان أجنبيا[١] .

أما الوصية للقاتل فهنالك قولان لعلماء الإمامية قال الشيخ الطوسى تصح ومنعها ابن الجنيد إلا أنه خصص فقال ولا وصية لقاتل عمد لما روى عن النبى (ص) قال ليس للقاتل وصية ولأن القتل يمنع الميراث الذى هو أكبر من الوصية فالوصية أولى . ويرى السيد الحكيم أن الوصية تنفذ ولا تبطل إذا كان القتل بعدها أما بالنسبة للوصية العهدية فيرى أن القاتل يبقى وصياً إلا إذا كان القتل موجبا لزوال الائتمان به[٢] .

المادة السبعون :

لاتجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا باجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثا لمن لاوارث له .

---

(١) الشرائع .

(٢) ملخص من أضواء على قانون الأحوال الشخصية للسيد محمد بحر العلوم .

الإيضاح : كنا قد تكلمنا فى التعليق على المواد السابقة على عدم ترتب التزام على الموصى بالزيادة إذا أوصى بأكثر من الثلث على ذلك اتفق الفقهاء ويتوقف نفاذ ما زاد على الثلث على إجازة الورثة ممن لهم أهلية الإجازة . وقد نص فى هذه المادة على كون الدولة وارثا لمن لا وارث له وإذا اعتبرت كذلك فيظهر بالتأمل أن لها حق الاعتراض بوصية المال كله لشخص معين إذا لم يكن للموصى ورثة أو أى وارث كان ولم تبحث هذه الجهة قضائياً لدى تطبيقات قضائنا وسوابقه فى موضوع كهذا .

المادة الحادية والسبعون :

تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل .

الإيضاح : تصح وصية المسلم للكتابى والكتابى للمسلم وبالطبع فإن تعبير مع اختلاف الدين هو احترازى وذلك فى الفقه الحنفى والجعفرى ومصدر ذلك آية (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم . وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين)[1]

ولأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات .

وقد أراد المشرع أن يقتصر فى صحة الوصية بالمنقول فقط باعتبار أن غير المنقول له شكلياته الخاصة ومراسيمه وكذلك قبل صحة الوصية مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل وذلك مبدأ مقبول بين الدول فيما يختص بالحقوق المتبادلة والمتماثلة بين أفراد ورعايا الدول المختلفة

---

(١) سورة الممتحنه آية رقم ٨.

التى قد تحدد العلاقات فيما بين رعاياها معاهدات واتفاقيات قد تكون ثنائية وقد تكون مبادىء عامة متسالم عليها بين الدول فى مؤتمرات قبلها المؤتمرون الممثلون لدول مختلفة .

المادة الثانية والسبعون :

تبطل الوصية فى الأحوال الآتية :

١ — برجوع الموصى عما أوصى به ولا يعتبر الرجوع إلا بدليل يعدل قوة ماثبتت به الوصية .

٢— بفقدان أهلية الموصى إلى حين موته .

٣— بتصرف الموصى بالموصى به تصرفاً يزيل اسم الموصى به أو معظم صفاته .

٤— بهلاك الموصى به أو استهلاكه من قبل الموصى .

٥— برد الموصى له الوصية بعد موت الموصى .

الإيضاح : قال فقهاء الأحناف ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما فى البيع . ويلاحظ القيد الذى أوردته الفقرة الأولى من المادة وهو أن الرجوع إنما يكون بدليل يعدل ما اعتمد عليه فى تثبيت الوصية فإذا أنشئت الوصية بحجة شرعية فلا يمكن إبطالها بورقة عرفية أو بدليل كتابى مجرد عن تصديقه أمام مرجع رسمى مختص . وقد صرح الفقهاء أيضاً بأنه إذا أوصى وهو سليم ثم طرأ عليه وسواس حتى صار معتوها واستمر كذلك حتى مات بطلت الوصية .

وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع دلالة كان رجوعا أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام

قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصى كان رجوعا وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها وذبح الشاة الموصى بها وكذلك تبطل الوصية برد الموصى له الوصية بعد موت الموصى لأنها ترتد بالرد[1].

وفى فقه الإمامية يتحقق الرجوع بالتصريح أو بفعل ماينافى الوصية فلو باع ما أوصى به أو أوصى ببيعه أو وهبه أو قبضه أورهنه كان رجوعا وكذا لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه من مسماه كما إذا أوصى بطعام فطحنه أو بدقيق فعجنه أو خبزه وكذا لو أوصى بزيت فخلطه بما هو أجود منه أو بطعام فمزجه بغيره[2] حتى لايتميز وإن رد بعد الموت وقبل القبول بطلت .

المادة الثالثة والسبعون :

تراعى فى الوصية أحكام المواد من ١١٠٨ إلى ١١١٢ من القانون المدنى.

الإيضاح : سندرج المواد المذكورة التى أشارت إليها المادة (٧٣) من هذا القانون نقلا عن القانون المدنى ونعلق عليها بما يجب تعليقه .

المادة — ١١٠٨ : —

١ — يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به .

٢ — وتجوز الوصية للوارث .

---

(١) الهداية .

(٢) الشرائع .

الإيضاح : تعتبر الوصية سبباً مشروعاً من أسباب الملكية باعتبار أن المالك له حق التصرف بما يملكه وقد حدده الشارع بالثلث بوصفه تصرفا مضافاً إلى مابعد الموت وما بقى يتعلق به حق الوارث الذى ينصب حقه على أعيان التركة إبان مفارقة المالك الحياة وهكذا يستلم الخلف ماكان يملكه السلف بحكم الوراثه التى هى خلافة الوارث لمورثه .

وقد أجازت الفقرة الثانية الوصية للوارث وهو خلاف ماعليه المذاهب الأربع ويرى الإمامية ذلك لقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين »(١) ويرى أئمة الفقه الآخرون أن هذه الآية نزلت قبل آية المواريث ولما نزلت آية المواريث قال الرسول عليه الصلاة والسلام أن الله أعطى كل ذى حق حقة فلاوصية لوارث أما الوصية فيماجاوز الثلث فلا تنفذالا بإجازة الورثة وذلك متفق عليه بين أئمة الفقه الإسلامى .

المادة — ١١٠٩ : —

١ — كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر مافيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى له .

٢ — ويعتبر فى حكم الوصية ابراء المريض فى مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث . وكذلك الكفالة فى مرض الموت .

الإيضاح : يعتبر الفقه الإسلامى المريض مرض الموت ليس ذا أهلية كاملة فهنالك بعض الحجر على تصرفاته وقد يصح التعبير إذا قلنا أن أهليته ناقصة.

---

(١) سورة البقرة رقم الآية (١٨٠) .

ويعرف الفقهاء مرض الموت بأنه الحالة المرضية التى تطرأ على الشخص ويعجز فيها عن القيام بأعماله المعتادة ويغلب عليه فيها الهلاك ثم تنتهى بالموت . إن هذه الفترة التى تمر بالإنسان وشعوره بدنو أجله ومفارقته الحياة قد توجد فى نفسية المريض قلقاً يخرج فيها عن أن يكون سوياً متزنا فى تصرفاته فقد يحابى بعض من يودهم من الورثة أو غيرهم أو قد يطلق من زوجاته من لا يميل إليها فراراً من المشاركة فى الإرث لذلك اعتبر تصرفه الناقل للملكية والصادر فى مرض موته والأمارات تدل على أن المقصود به التبرع أو المحاباة فى حكم الوصية فلو اعترف كتابة فى مرض موته بمبلغ جسيم لزوجته أو لأحد ورثته وأنه مشغول الذمة به قرضا دون وجود مايؤيد ذلك وتوفى بنتيجة مرضه ذلك فهذا الإعتراف يحمل محل الوصية وتنطبق أحكام الوصية علية ويعتبر فى حكم الوصية ابراء المريض فى مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث وللمحاكم المدنية أن تقرر ذلك وتكيف الموضوع إذا اقيمت الدعوى لديها بوصفها ديناً اعتيادياً ثم ظهر لها أنه فى حكم الوصية وفى استطاعة نفس المحكمة المدنية أن تحكم بذلك بعد ان استقر تكييفه القانونى السليم .

المادة — ١١١٠ : —

ليس لأحد أن يؤدى دين أحد غرمائه فى مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ولكن له أن يؤدى ثمن المال الذى اشتراه أو القرض الذى استقرضه حال كونه مريضاً .

الإيضاح : فترة مرض الموت اشبه ماتكون بفترة الشك والشبهة فى صحة تصرفات المريض ولذلك تؤخذ بحذر فقد تكون عليه ديون كثيرة تستغرق كل أمواله ولا تكفى لإيفاء ديونه فإيثار بعض الدائنين على البعض الآخر فيه اهدار لحقوق قسم منهم وأكل اموالهم بالباطل وذلك غير جائز شرعا وقانونا ولكن ماثبتت صحته أثناء المرض كثمن الأدوية

وأجور الأطباء وثمن الحاجيات التى يقتضيها مصرف الحياة المعاشية مع عائلته وأولاده تصرف كلها دون أن يوقف صرفها لعدم تطرق الشك إلى صحتها .

المادة — ١١١١ : —

١ — إذا أقر شخص فى مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث فإن جاء اقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان بقبض أمانة له او استهلاك امانة عنده نفذ الإقرار فى جميع ماله ولو لم تجز الورثة وتصديق الورثة الإقرار فى حياة المورث ملزم لهم .

٢ — ولا يستحق المقر له ماأقر به المريض وفقا لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد ان تؤدى ديون الصحة . ويعتبر فى حكم ديون الصحة الديون التى ثبتت فى ذمة المريض وقت المرض بغير اقراره فتؤدى هى ايضا مع ديون الصحة قبل الديون التى ثبتت بإقرار المريض فى وقت مرضه .

الإيضاح : إن كل مايهدف إليه المشرع من تحفظه هو حرصه على أن لايفرط فى حقوق أصحاب الحق الشرعى لذا لم يأخذ بالأقارير على علاتها التى تصدر من المرضى مرض الموت مخافة ان يكون فيها قصد التبرع أو المحاباة راجحا . لذلك قال الأقارير الواردة على سبيل التمليك (وذلك كالهبات أو الإبراء أو الإعتراف بأنشغال الذمة بمبلغ (كل ذلك مدعاة للريبة لذلك اعتبرها المشرع بحكم الوصية . إذ ان جانب المحاباة فيها راجح اما إذا جاء الإقرار على سبيل الإخبار عن زمن مضى ومعاملات سابقة مؤيدة بما يصدقها ومنها قبض أمانة له أو استهلاك أمانة أودعت عند المقر فيعتبر الإقرار نافذاً فى جميع ماله ولو لم تجز الورثة

أما إذا صدقت الورثة الإقرار فى حياة المورث فيعتبر ملزماً لهم لأن المرء مؤاخذ باقراره .

وقد اعتبر المشرع أن الأقارير التى أخذ بها فى الفقرة الأولى تتأخر فى التنفيذ عن ديون الصحة الثابتة التاريخ بصورة رسمية مثلاوالتى جاءت نتيجة معاملات سابقة ثبتت أسبقيتها كذلك ويعتبر أيضاً فى حكم ديون الصحة ماثبتت فى ذمة المريض دون اقراره كمصاريف اقامته وعلاجه فى مستشفى أجريت له فيه بناء على مرضه عملية جراحية وانتهت حياته بوفاته بعد ذلك. إن ديناً كهذا يعتبر كديون الصحة ويقدم تنفيذه على ماأشارت إليه الفقرة الأولى من هذه المادة .

المادة — ١١١٢ : —

١ — إذا أقر شخص فى مرض موته بأنه استوفى ديناً له فى ذمة أحد فإن كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حال صحة الدائن نفذ الإقرار فى حق غرماء الصحة أما إذا كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حال مرض الدائن فلا ينفذ الإقرار فى حق هؤلاء الغرماء .

٢ — وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد نفذ اقراره فى جميع ماله ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما فى حكمها من الديون .

الإيضاح : قد تكون للمريض مرض الموت ديون على أشخاص متعددين وقد يعترف بأنه استوفى تلك الديون فما يجب أن يتأكد منه هو ترتب تلك الديون فإن كانت من ديون الصحة نفذ الإقرار وإلا إذا كانت من الديون الثابتة فى ذمة المدين أثناء المرض فلا يعتبر ولا ينفذ اقرار المريض فى حق غرماء الصحة ولهم ملاحقة المدين بالدين الثابت بذمته وفق الأصول وكفالة المريض أحدا حالة صحته نافذة فى جميع ماله وتأتى متأخرة فى التنفيذ عن ديون الصحة وما فى حكمها وبالطبع يجب أن تثبت كفالته فى الصحة ثبوتاً قانونياً .

الفصل الثانى

الايصاء

المادة الخامسة والسبعون :

الإيصاء إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى به بعد وفاته .

الإيضاح : قد يقيم الشخص غيره مقام نفسه ليدبر أمور تركته ويدير شؤون أولاده بعد وفاته فشخص أسندت إليه هذه المهام يسمى فى الإصطلاح الفقهى موصى إليه والموصى إليه إما أن ينصب من قبل الموصى وهو ذو الشأن فى أمواله وأولاده فيسمى المنصوب حينئذ الوصى المختار وإما أن لا ينصب الموصى أحدا بعد وفاته وقد يوجد قاصرون كما توجد تركة ففى هذه الحالة للقاضى أن ينصب وصياً بناء على مراجعة ذوى العلاقة ويسمى منصوب القاضى . فالوصى المختار هو أمين الأب على إدارة التركة وتدبير أمور القاصرين والوصى المنصوب هو أمين القاضى . كما أن هنالك وصياً قانونياً هو مدير أموال القاصرين أو مأمور شؤون القاصرين وهو الذى يضع يده على أموال القاصر بعد تحرير التركة فى حالات خاصة عينها القانون إذا لم يكن هنالك وصى مختار أو وصى منصوب . ومن أوصى إليه فقبل الوصاية فى حياة الموصى لزمته وليس له الخروج عنها بعد موت الموصى مالم يكن جعله وصياً على أن يخرج نفسه منها متى شاء أما إذا رد الوصاية فى حياة الموصى وبعلمه صح الرد .

المادة السادسة والسبعون :

يشترط فى الموصى توفر الأهلية القانونية والشرعية .

الإيضاح : الوصاية نوع ولاية ولذلك يجب أن تتوفر فيمن يولى الأهلية الكاملة وهى الإسلام بالطبع على شئون تركات المسلمين وأولادهم القاصرين .

ونصب غير المسلم وصيا على المسلم مخالف لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »[1] والحرية والعقل والأمانة وحسن التصرف والبلوغ وهذه الشروط الأهلية الشرعية أما الأهلية القانونية فيجب أن لا يكون ممنوعا بصورة قانونية من التصرفات بنتيجة حكم بالحبس صادر عليه أو اختلال فى حقوقه المدنية مما يؤثر على مصلحة التركة أو يخل بمصلحة القاصرين .

المادة السابعة والسبعون :

١ - إذا قبل الوصى الوصاية فى حياة الموصى لزمته ولا يخرج منها بعد موت الموصى إلا إذا جعل له حق الاختيار .

٢ - إذا رد الوصى الوصاية فى حياة الموصى وبعلمه صح الرد .

الإيضاح : يعتبر الايصاء وكذلك الوصية من العقود الثنائية التى تنشأ بين طرفين على سبيل التبرع لا المعارضة ولذلك تنعقد بايجاب وقبول ولا تتقيدان بألفاظ مخصوصة بل يصح التفويض فيما يختص بالايصاء بكل لفظ يدل على أن الشخص فوض لغيره النظر فى شئون تركته وأولاده بعد وفاته كقول الموصى للموصى إليه أنت وكيلى بعد موتى . أنت وصى أسلمت إليك الأولاد بعد وفاتى قم بلوازمهم بعد موتى وكما أنه لا يشترط فى الإيجاب لفظ مخصوص كذلك لا يشترط فى القبول لفظ مخصوص بل الشرط أن يأتى الموصى إليه بلفظ يدل على قبوله مافوض اليه .

---

(١) سورة النساء الآية رقم ١٤١ .

وقبول الوصاية دلاله قبولها صراحة فإذا تصرف الموصى إليه ببيع شيء من التركة أو بشراء شيء يصلح للقاصرين أو قضاء دين عن التركة او اقتضاءه كان ذلك قبولا [١] ومن اوصى إليه فلم يقبل الوصاية فى حياة الموصى بل ردها بعلمه ثم قبل بعد موته لا يصح قبوله لأن الساقط لا يعود أما من اوصى إليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصى فله الخيار ان شاء رد الوصاية وان شاء قبلها .

وقد تكلمنا عما تضمنته المادة فى فقرتها الثانية فيما سبق . وقد قالوا ان وصى الميت لا يقبل التخصص فإذا أوصى إليه بشيء من أمور التركة كقضاء الديون أو إدارة شئون القاصرين صار وصيا عاما وذلك على رأى أبى حنيفة القائل : ان الوصى المختار لا يتقيد بعمل معين بل يكون وصيا عاما وقال ابو يوسف يتخصص الوصى المختار كوصى القاضى وقال أبو حنيفة أن تنصيب القاضى من ولاه قضاء والقضاء قابل للتخصيص ووصى الأب لا يقبله لقيامه مقامه وكذلك لو اوصى إلى أحد بقضاء دين وإلى آخر باقتضائه فهما وصيان عامان فى كل ماله .

المادة الثامنة والسبعون :

١ — إذا أقام الموصى أكثر من وصى واحد فلا يصح لأحدهم الانفراد بالتصرف وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا باذن الآخر .

٢ — ينفذ تصرف أحد الوصيين دون الآخر فيما يلى :

(ا) مالا يختلف باختلاف الآراء .

(ب) ماليس فيه قبض أو تسلم مال .

---

(١) الأبيانى.

(ج) ماكان فى تأخيره ضرر .

٣ — إذا نص الموصى على إنفراد الأوصياء أو اجتماعهم فيتبع مانص عليه .

٤ — إذا تشاح الأوصياء أجبرهم القاضى على الاجتماع وإلا إستبدال غيرهم بهم .

الايضاح : قد يختار الموصى أكثر من وصى واحد وقد يبين أنهما يتصرفان مجتمعان أو منفردان فإذا بين فيتقيد ببيانه وإذا سكت عن كيفية تصرفهم فمعنى ذلك أنه إختار تصرفهم مجتمعين ولا يمكن لأحد حينئذ أن ينفرد بالتصرف دون إذن الآخر وبالطبع أن ذلك فيما يحتاج فيه إلى رأى وهنالك أشياء لايحتاج فيها إلى رأى وهى :

أولا : تجهيز الميت وتكفينه من قبل الوصى الحاضر إذ فى تأخير ذلك ضرر .

ثانيا : الخصومة ويقصد بذلك الكلام فى المرافعة لاحضور الوصيين إنما الكلام ينفرد أحدهما به ولا يمكن أن يتكلم كلاهما دفعة واحدة ولذلك صرح الفقهاء به فقالوا الإنفراد بالخصومه . ويقصدون بذلك المرافعة والكلام عند التقاضى .

ثالثاً : دفع الضرائب المتحققة على أملاك الموصى إذ فى تأخيرها ضرر على أموال القاصرين .

رابعاً : رد الأعيان الثابتة عائديتها لأشخاص معينين بموجب مستندات وكذلك دفع الديون المتحققة بموجب سندات رسمية هذه الأشياء كلها لاتحتاج إلى رأى ولذا صح الإنفراد بها من قبل أحد الأوصياء .

أما مايحتاج فيه إلى رأى فلا يمكن انفراد أحد الوصيين بالتصرف به كالإنشاء والتعمير واستغلال العرصات بانشاء عمارات عليها من حيث النوع والكيفية وإجارة المستغلات من حيث المدة وبدل الإجارة ويجب

أن يتقيد برأى الموصى فإذا أجاز انفراد التصرف أو التصرف مجتمعا يجب تنفيذ ذلك .

وإذا تخاصم الأوصياء بحيث تعذر عليهما العمل مجتمعين وأخذ كل منهما يتعنت مع الآخر وتعذر التأليف بينهما من قبل القاضى فلا سعة إلا باستبدالهم بقرار منه بآخرين بدلهم .

المادة التاسعة والسبعون :

كل شرط اشترطه الموصى فى وصيته لزم الوصى العمل به إلا إذا كان الشرط مخالفاً للشرع والقانون .

الإيضاح : يقول الفقهاء الوقف والوصية كل منهما يستقى أحكامه من الآخر فإذا لم يوجد نص فى أحدهما ووجد نص فى الآخر عمل بالنص فى كليهما . ولما كان المتفق عليه لدى الفقهاء فى شروط الواقفين أن شرط الواقف كنص الشارع فى وجوب العمل به وفى تفسيره وإتباع مفهومه فكذلك تتبع وتحترم شروط الموصى فى وصيته ويجب العمل بها وأتباعها فإذا عين الموصى الموصى لهم وكيفية التوزيع عليهم فيجب إتباع ذلك وكل شرط أحل حراما أو حرم حلالا فهو لغو لا يعمل به .

المادة الحادية والثمانون :

إذا توفى شخص ولم ينصب وصياً فللقاضى نصبه فى الأحوال الآتية :

١ — إذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لإثباته واستيفائه .

٢ — إذا كان عليه دين ولا وارث له لإيفائه .

٣ — إذا كانت له وصية ولا يوجد من ينفذها .

٤ — إذا كان أحد الورثة صغيرا ولا ولى له .

الإيضاح : قد يموت الشخص وهو ذو مالية واسعة وله ديون وتحور تركته فيوجد فيها من المستندات ما يقتضى إقامة دعاوى بها وإهمالها قد يمضى عليها ما يسقط الحق بتقادم الزمن فللقاضى فى هذه الحالة وفى الحالات الأخرى المذكورة فى المادة أن ينصب وصيا هو منصوب القاضى لمحافظة حقوق القاصر إن وجد أو الغائب الوارث ومحافظة حق كل ذى علاقة فى التركة .

الفصل الثالث

إنتهاء الوصاية

المادة الثانية والثمانون :

تنتهى مهمة الوصى فى الأحوال الآتية :

١ — موت القاصر

٢ — بلوغه الثامنة عشرة إلا إذا قررت المحكمة إستمرار الوصاية عليه .

٣ — عودة الولاية للأب أو الجد بعد زوالها عنه .

٤ — إنتهاء العمل الذى أقيم الوصى المنصوب لمباشرته أو إنقضاء المدة التى حدد بها تعيين الوصى المؤقت .

٥ — قبول إستقالته .

٦ — زوال أهليته .

٧ — فقده .

٨ — عزله .

الإيضاح : الوصاية عبارة عن ولاية مؤقتة يقوم بوجائبها من أسندت إليه فى زمن محدود فقد ينصبه الأب لإدارة شؤون القاصرين وتدبير أمور أموالهم حتى إذا آنس منهم الرشد بعد بلوغ الحلم وثبت ذلك لدى القاضى سلمت إليهم أموالهم وارتفعت عنهم الوصاية ولذلك قال الفقهاء تسقط ولاية كل ولى ووصاية كل وصى عن القاصر إذا بلغ رشيدا . وعلى هذا الأساس إذا مات القاصر ووزعت التركة بين الورثة

فتكون مهمة الوصى قد انتهت وكذلك إذا بلغ السن الثامنة عشرة وهو منتهى سن البلوغ والمفروض فى بلوغه سن الحلم أن يبلغ رشيدا فتكون مهمة الوصى أيضاً قد انتهت وسقطت وصاية الوصى إلا إذا صدر قرار من المحكمة خلاف ذلك وقد ينصب وصى لأن الأب والجد فاقدان الأهلية لجنون طارىء فإذا عاد إليهما عقلهما فتعود الولاية إلى الأب وبعده الجد وتسقط الوصاية وكذلك قد يفقد الوصى وصايته وتسقط ولايته إذا زالت أهليته أو استقال وقبلت إستقالته أو عزل أو فقد .

المادة الثالثة والثمانون :

١ — للموصى أن يعزل وصية عن الوصاية ولو كان ذلك بدون علمه .

٢ — ليس للقاضى عزل الوصى المختار إلا بسبب شرعى فإن كان عاجزا ضم إليه غيره أما إذا ظهر عجزه نهائياً فيستبدل غيره به .

الإيضاح : الوصاية عقد غير لازم لذلك كان للموصى أن يعزل وصية بسبب أو بدون سبب كما له أن يرجع عن وصيته التى هى عبارة عن عقد تبرع وليس بمعاوضة ولا يتوقف عزل الوصى على علمه وهذه طبيعة العقد غير اللازم وكذلك للقاضى عزل منصوبه بسبب وبدون سبب أيضا لأنه أمينه أما الوصى المختار فليس للقاضى عزله إلا بسبب شرعى لأن وصايته مستمدة من الولاية الخاصة التى هى أقوى من الولاية العامة ومن مسوغات العزل العجز النهائى أما الجزئى فيضم إليه آخر وهنالك مسوغات للعزل منها ثبوت الخيانة أو فقدان الأهلية .

المادة الرابعة والثمانون :

يعزل الوصى فى الحالات الآتية : —

١ — إذ حكم عليه عن جناية أو جنحة مخلة بالشرف .

٢ — إذا حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية سنة فأكثر .

٣ — إذا حدث بينه أو بين أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر .

٤ — إذا رأت المحكمة فى أعمال الوصى أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر .

٥ — إذا ظهرت فى حسابات الوصى خيانة .

الإيضاح : الوصى أمين فيما ولى عليه وليؤد الذى أؤتمن أمانته وليتق الله ربه وقد تطرأ عليه حالات تختل معه هذه الأمانة تبعاً للطارىء فقد يحكم عليه عن جناية أو جنحة مخلة بالشرف فيفقد كثيراً من الحقوق المدنية التى من جملتها هذه الولاية وكذلك إذا حكم بعقوبة مقيدة للحرية سنه فأكثر مما يخل بأمانته وشخصيته وكذا الحالات التى تطرأ عليه وتكون شبهاً وريباً يخشى منها على مصلحة القاصر ويجب ثبوت ذلك قضاء ومما يوجب عزله أيضاً ثبوت خيانته فيما أسند إليه من وجانب الوصاية .

المادة الخامسة والثمانون :

ينعزل الوصى إذا فقد أحد شروط الأهلية من تاريخ فقده إياها .

الإيضاح : يوجد عزل وهو تنحية الوصى بموجب حكم قضائى ويوجد انعزال وهو سقوط الوصاية من نفسها كالوفاة والجنون فمن تاريخ حدوثهما يعتبر الوصى منعزلا بعد ثبوت تاريخ فقدان الأهلية .

بعض الأحكام الخاصة فى الموصى اليه فى فقه الإمامية

لو ظهر من الوصى عجز ضم إليه مساعد وأن ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ويقيم مقامه امينا والوصى أمين لا يضمن مايتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط ولو كان للوصى دين على الميت جاز أن يستوفى مما فى يده من غير إذن حاكم إذا لم يكن له حجة وقيل يجوز مطلقا وفى شرائه لنفسه عن نفسه تردد اشبهه الجواز إذا أخذ بالقيمة العدل . وإذا أذن الموصى أن يوصى جاز إجماعا أما فى الفقه الحنفى فوصى الوصى وصى فى التركتين .

وإذا أوصى بالنظر فى شىء معين اختصت ولايته به ولايجوز له التصرف فى غيره وجرى مجرى الوكيل فى الإقتصار على مايوكل فيه وهذا الرأى وهو تخصيص الوصاية هو رأى أبى يوسف فى الفقه الحنفى أما أبو حنفية فيرى أن التخصيص بشىء معين يجعل من الموصى إليه وصيا عاما[1].

لا يجوز أن يوصى إلى أجنبى بأن يتولى أمر أولاده مع وجود أبيه ومتى فعل لم تصح الوصية لأن الجد أولى به وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يصح وصيته للاجنبى مع وجود الجد[2].

---

(١) لخصت التعريفات فيما يتم بالفقه الجعفرى عن التشريع .

(٢) كتاب الخلاف فى الفقه للطوسى .

نظرة فى تشريعات أحكام الوصية فى البلاد العربية

لم نجد فيما وصل إلينا من تشريعات فى الموضوع إلا تشريعين أحدهما سورى صدر ضمن المرسوم التشريعى رقم ٥٩ الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ والمسمى قانون الأحوال الشخصية ويتعلق بالوصية والإيصاء والثانى مصرى صادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإسم قانون الوصية. ولم تشرع أحكام الأوصياء بقانون لدى المصريين .

وقد جاء فى الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية السورى فيما يختص بالوصية مايلى :

أخذ المشروع كتاب الوصية من القانون المصرى وأن أهم ماجاء فيه من جديد .

١ — الوصية بتنفيذ قسمة أعيان التركة بين الورثة مأخوذة من أقوال بعض فقهاء، الشافعية والحنابلة وفى اعتبارها مصلحة .

٢ — صحة الوصية للمعدوم ومن هو فى حكمه من مذهب مالك .

٣ — القتل المانع من الوصية من مذهب مالك . وذلك بقتل الموصى له للموصى قصداً أو تسببه قصداً فى قتل الموصى ومن التسبب شهادته عليه زوراً .

٤ — الوصية الواجبــة . الأصل فيها آية (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين) والجمهور على أنها منسوخة بآية المواريث .

وذهب جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم إلى أن المنسوخ هو وجوب الوصية للوارث من الأقربين عملا بالآيتين معاً وممن قال بذلك

سعيد بن المسيب والحسن البصرى وطاووس وأحمد بن حنبل وداود الظاهرى والطبرى وابن راهوية وابن حزم .

والقول باعطاء جزء من مال المتوفى للاقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوصى لهم هو مذهب ابن حزم ويؤخذ أيضا من أقوال بعض فقهاء التابعين ورواية فى مذهب أحمد ومن قاعدة أن أمر الإمام بالمندوب أو المباح يجعله واجبا .

وقد أخذ المشروع بهذا المذهب لمعالجة قضية حرمان الحفدة من ميراث جدهم أو جدتهم إذا مات أبوهم قبل موت أبويه وهناك أعمام لهم وهم المعروفون باسم (أولاد المحروم) وقد تابع المشروع فى هذا الحل قانون الوصية المصرى مع تعديل ضرورى فيه لأن القانون المصرى لم يميز فى هذه الوصية الواجبة بين أولاد الابن وأولاد البنت مع أن أولاد البنت ليسوا محرومين بسبب وفاة أمهم قبل أصلها بل هم من ذوى الأرحام يرثون فى رتبة متأخرة . كما أن لهم تركة أخرى هم فيها ورثة اساسيون من جهة ابيهم بخلاف أولاد الابن .

ومن جهة ثانية لم يراع فى صياغة مادة الوصية الواجية فى القانون المصرى أن لا تؤدى الى غلو بعكس الموضوع فترتب عليها أن تأخذ بنت الابن أحيانا ضعف ما تأخده عمتها التى هى البنت الأصلية من الجد المتوفى .

وقد استدرك مشروعنا هذه الملاحظات فى صياغة مادة الوصية الواجبة وتحديد مقدار الوصية لأولاد المحروم بمثل نصيب مورثهم لو كان حيا عند موت الجد من قوله تعالى فى الآية بالمعروف وتقديم الوصية الواجبة على الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روى عن طاووس . وإليك النص السورى .

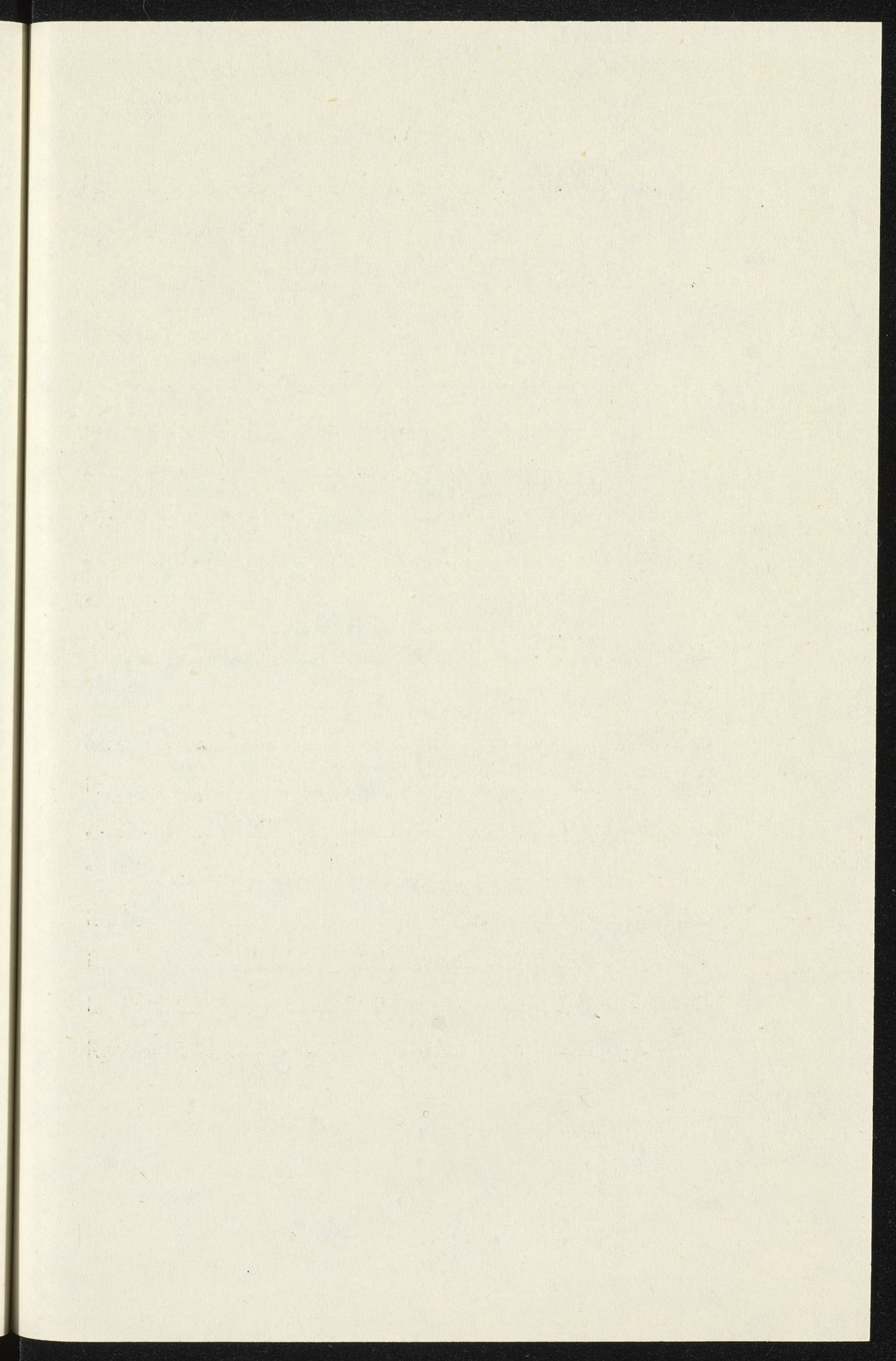
(ا) الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مايرثه

ابوهم عن أصله المتوفى على فرض موت ابيهم أثر وفاة اصله المذكور على ان لا يتجاوز ذلك ثلث التركة) .

ملاحظة : لقد ثبتت بعض الآراء التى تقول فى استحباب الوصية للأقارب المحجوبين .

قال فى كتاب الخلاف فى الفقة للطوسى الأقارب الذين يرثون لكن معهم من يحجبهم مثل الأخت مع الأب ومع الولد يستحب ان يوصى لهم وليس بواجب وبه قال جميع الفقهاء وعامة الصحابة وعلى وابن عباس وعائشة وابن عمر ولم يعرف لهم مخالف وذهبت طائفة إلى ان الوصية واجبة لهؤلاء وبه قال الزهرى والضحاك وأبو مخلد وفى المتأخرين داود بن على وابن جرير الطبرى .

وقد عقد القانون السورى فصلا خاصا فى نصب الاوصياء واهليتهم جاء فيه الشروط التى يجب توفرها فى نصب الموصى إليه المختار ووصى القاضى من اهلية كاملة وعدالة وقدرة ومن ملة القاصر . وبيان الحالات التى يمتنع معها نصب الوصى وصلاحية الاوصياء التى تبنى على تحقق مصلحة القاصر والمواطن التى يجب اخذ إذن المحكمة فيها التفريعات ثم الحالات التى يعزل فيها الوصى وتكلم عن الناظر واحكامه وذكر القوامة على المجنون والمعتوه ومن الحالات الذى ذكرها كلها كتب الشريعة فى الفقه ونستطيع ان نقول ان هناك تشابها واضحا بين التشريع العراقى والسورى فى هذا الفصل وفى احكام الوصية إلا الوصية الواجبة التى لم يأخذ بها التشريع العراقى وتفريعات أخرى ليست بكثيرة .



الباب التاسع

فى أحكام الميراث[1]

الفصل الأول

فى إيضاح ما أثبته القانون

فى مواد ضمن هذا الباب

يطلق الفقهاء على هذا القسم فى الفقه الفرائض كما تسمى المواريث .

والفرائض جمع فريضة من الفرض وهو فى اللغة التقدير والقطع والبيان . وفى الشرع ماثبت بدليل مقطوع به وسمى هذا القسم فى الفقه (فرائض) لأنه سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوى والشرعى كذا فى الاختيار شرح المختار[1].

والإرث فى اللغة البقاء وفى الشرع انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة وأحكامه عبارة عن قواعد فقهية وأصول حسابية يعرف بها حق كل وارث من التركة .

---

(١) أضيف هذا القاب إلى القانون بموجب المادة الرابعة من قانون التعديل رقم ١١ لسنة ١٩٦٧ أما المادة الخامسة من هذا التعديل فهى ينفذ هذا القانون اعتبار من ١/٢/١٩٦٣

(٢) فتاوى الهندية الجزء السادس .

اركان الميراث

أركان الميراث ثلاثة أولها مورث وهو من يستحق غيره أن يرث منه وثانيهما وارث للمورث وهو من فيه قوة أخذ التركة أو بعضها لقرابة أو زوجية أو ولاء وأن لم يأخذ بالفعل لمانع كالحجب. ثالثها التركة أو المال الذى يصيب المستحقين إثر وفاة المورث .

أما أسباب الميراث فثلاثة :

الأول : الزواج الصحيح ولو لم يكن هنالك دخول أو خلوة فاذا تزوج رجل إمرأة بعقد صحيح ومات أحدهما ولو قبل البناء بها والخلوة ورثه الآخر .

أما إذا كان الزواج فاسداً وهو مافقد شرطاً من شروط الصحة أو باطلا فلا توارث به ولو كان بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة .

الثانى : النسب أى القرابة ويدخل تحته ثلاثة أنواع ذوو الفروض والعصبات وذوو الأرحام .

الثالث : الولاء سواء كان آتيا فى جهة العتق أو من جهة الموالاة .

أما شروط الميراث فثلاثة :

الأول : موت المورث حقيقة أو حكما أو تقديراً فالموت الحقيقى ظاهر والموت الحكمى بأن يحكم القاضى بموته وهذا فى المفقود . والموت التقديرى كالجنين الذى ينفصل بجناية على أمه فإذا كانت امرأة حاملا وضربها شخص فألقت جنيناً ميتاً وجب على الضارب الغرة وهى فى الشرع خمسمائة درهم سواء كان الجنين مذكراً أو مؤنثاً وهذه تكون فى ضمن تركته وتورث عنه فموت الجنين تقديرى لأن الضرب ربما كان قبل نفخ الروح فيه .

الثانى : من الشروط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديراً كالحمل فإنه يعتبر من ضمن الورثة مع أن حياته ليست حقيقة .

الثالث: من الشروط العلم بجهة إرث الشخص الوارث بأن يعلم أنه وارث من جهة القرابة أو من جهة الزوجية أو من جهة الولاء[١] .

وقد انتظمت المادة السادسة والثمانون من القانون الإيضاحات المتقدمة التى بحثت عن أركان الإرث وأسبابه وشروط الميراث وإليك نص المادة :

المادة السادسة والثمانون:

(ا) أركان الإرث ثلاثة :

١— المورث : وهو المتوفى

٢— الوارث : وهو الحى الذى يستحق الميراث .

٣— الميراث : وهو مال المتوفى الذى يأخذه الوارث .

(ب) أسباب الإرث إثنان هما القرابة والنكاح الصحيح .

(ج) شروط الميراث ثلاثة هى : —

١ — موت المورث حقيقة أو حكماً .

٢ — تحقق حياة الوارث بعد موت المورث .

٣— العلم بجهة الإرث .

ملاحظة : إن المشرع العراقى طوى من أسباب الإرث الولاء سواء كان آتياً من جهة العتق أو من جهة الموالاة لعدم وقوع حوادث قضائية من هذا القبيل لدى المحاكم الشرعية فإذا افترضنا وقوع حادثة قضائية

(١) الابيانى .

تتعلق بما يدخل ضمن الولاء فيرجع فيه إلى أحكام الشريعة نظراً لصراحة المادة الأولى من هذا القانون .

المادة السابعة والثمانون :

الحقوق التى تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هى :—

١— تجهيز المتوفى على الوجه الشرعى .

٢— قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله .

٣— تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث مابقى من ماله .

٤— إعطاء الباقى إلى المستحقين .

الإيضاح : التركة وهى فى اللغة ما يتركه الشخص ويبقيه مطلقاً وفى الإصطلاح مايتركه الميت خالياً من تعلق حق الغير بعينه . وتتعلق بالتركة حقوق أربعة مرتبة أى مقدم بعضها على البعض الآخر :

١— جهاز الميت ودفنه .

٢— الدين .

٣— الوصية .

٤— الميراث .

فيبدأ أولا بجهازه وتكفينه وما يحتاج إليه فى دفنه بالمعروف . ويستثنى من ذلك حق تعلق بالعين كالرهن والعبد الجانى فإن المرتهن وولى الجناية أولى به من تجهيزه ويكفن فى مثل ما كان يلبسه من الثياب الحلال حال حياته على قدر التركة من غير تقتير ولاتبذير . أما الدين فلا يخلو إما أن يكون الكل ديون الصحة أو ديون المرض أو كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض فإن كان الكل ديون الصحة أو ديون المرض فالكل سواء لا يقدم البعض على البعض وإن كان البعض دين الصحة والبعض

دين المرض يقدم دين الصحة إذا كان دين المرض ثبت باقرار المريض وأما ماثبت بالبينة أو بالمعاينة فهو ودين الصحة سواء ، ثم تنفذ وصاياه من الثلث الباقى بعد صرف ما يقتضيه التجهيز والدين إلا أن تجيز الورثة أكثر من الثلث ثم يقسم الباقى بين الورثة على سهام الميراث وهذا إذا كانت الوصية شيئاً بعينه فأما إذا كانت شائعة نحو الوصية بالثلث أو الربع فلا تقدم الوصية على الميراث بل يكون الموصى له شريك الورثة فى هذه الصورة يزداد بزيادة تركة الميت وينتقص حقه بنقصان تركة الميت(١).

وليلاحظ أن الدين المقصود فى هذا الباب هو وجوب مال فى الذمة بدلا عن شىء آخر فالزكاة ليست بدين لأن الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلا عن شىء آخر ثم هى عبادة والعبادة شرطها الأداء بالنفس عند الحنفية فإذا مات من ترتبت عليه سقطت بالموت إلا أن يوصى بالأداء قبل وفاته فتعتبر وصية ولا تنفذ إلا من الثلث إلا إذا أجازها الورثة فإنها تنفذ من الكل ذلك عند الحنفية وعند الإمامية . وبعد التجهيز يبدأ بوفاء الدين سواء كان للناس أم لله كالخمس والزكاة والكفارات ورد المظالم (٢).

المادة الثامنة والثامنون :

المستحقون للتركة هم الأصناف التالية :

١ — الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح .

٢ — المقرله بالنسب .

٣ — الموصى له بجميع المال .

٤ — بيت المال .

---

(١) مرجع هذا الإيضاح وماورد فيه من تعليق الفتاوى الهندية.
(٢) الأحوال الشخصية .

الايضاح : يقول الفقهاء عن الفقرة الأولى ويستحق الإرث بإحدى خصال ثلاث بالنسب وهو القرابة والسبب وهو الزوجية والولاء وهو على ضربين ولاء عتاقة وولاء موالاة وكل منهما يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط. فقال إن مت فمالى ميراث لك فحينئذ يرث الأسفل من الأعلى والوارثون أصناف ثلاثة أصحاب الفرائض ، والعصبات ، وذوو الأرحام .

أما المستحقون للتركة فعشرة أصناف مرتبة وهم :

١ — ذوو الفروض .

٢ — العصبة النسبية .

٣ — العصبة السببية وهو مولى العتاقه .

٤ — عصبة مولى العتاقه .

٥ — الرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم .

٦ — ذوو الأرحام .

٧ — مولى الموالاة .

٨ — المقر له بالنسب على الغير بحيث لم يثبت نسبه باقرار من ذلك الغير إذا مات المقر مصراً على إقراره كما لو أقر بأخ أو أخت وما أشبه ذلك

٩ — الموصى له بجميع المال .

١٠ — بيت المال(١).

---

(١) الفتاوى الهندية .

المادة التاسعة والثمانون :

الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم

١ — الأبوان والأولاد وإن نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين .

٢ — الجد والجدات والأخوة والأخوات وأولاد الأخوة والأخوات .

٣ — الأعمام والعمات والأخوال والخالات وذوى الأرحام .

الإيضاح : هذه المادة جاءت مجملة بفقراتها الثلاث وأراد بها المشرع من يستحقون الإرث بوشيجة القربى النسبية وذكر ذوى القرابات حسب التسلسل الطبيعى دون أن يتعرض فيقول مرتبة بعضها بعد بعض أو أن الطبقة الأولى تحجب الطبقة الثانية والثانية تحجب الطبقة الثالثة إنما ترك أمر ذلك للفصول التى ستوضح الأحكام التفريعية وتبين استحقاق كل نوع من الورثة وحجب بعضهم البعض الآخر وهذا كقولنا الوارثون فى الرجال عشرة ونذكرهم حسب التسلسل الطبيعى أو الوارثات من النساء سبع ونذكرهم حسب قرباهم للمتوفى . . .

المادة التسعون :

مع مراعاة ما تقدم يجرى توزيع الاستحقاق والأنصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التى كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كما تتبع فيما بقى من أحكام المواريث .

الإيضاح : حينما أعدت لجنة مشروع الأحوال الشخصية لائحة القانون لم تدخل أحكام الميراث فى المشروع إنما أبقت أحكام الفرائض على ماهى عليه إذ ليس فى موضوعها مشكلة لدى القضاة والمتقاضى غير أن اللجنة بعد أن رفعت اللائحة إلى مجلس الوزراء والمواريث مطوية منها وأتمت المداولة فيها مع مجلس الوزراء فى عدة جلسات أنهت مهمتها والمفروض

أن اللائحة إكتسبت صفتها التشريعية وأعدت للطبع إلا أن اللجنة علمت بعد ذلك أن إضافات أدخلت على اللائحة تتعلق بالمواريث إذ اتجهت الحكومة حينذاك إلى إحالة أحكام المواريث على القانون المدنى وأحلت أحكام الإنتقال المطبقة على الأراضى الأميرية محل المواريث الشرعية واكسبت ما قامت به صفة تشريعية ونشرت القانون، وقد لقى ذلك معارضة شديدة فى الوسط الاجتماعى. بوصفه جاء مخالفاً لنصوص توجب القطعية والحجية فى كتاب الله الكريم فاستجابت الحكومة إلى طلبات الرأى العام . وعدلت القانون وأعادت المواريث إلى طبيعتها الشرعية بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ .

المادة الواحدة والتسعون :

يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه . أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث. والربع عند عدمه .

الايضاح : سند هذه المادة آية [ولكم نصف ماترك أزواجكم أن لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين] [1] وصراحة النص ومقتضاه يوجب الحجية والقطعية فى الحكم .

وليلاحظ. ان موجبات الإرث عند الإمامية ثلاثة القرابة والنكاح بعقد صحيح والولاء ويمكن يرجعا إلى أمرين فقط إلى سبب ونسب فالنسب هو القرابة والسبب يشمل النكاح والولاء ولا يرى الإمامية الميراث بالعصبة إنما حصروه بصاحب الفرض والقرابة دون فرق بين قرابة النساء والرجال

---

(١) سورة النساء الآية (١٢)

فكما يختص الابن المنفرد بالميراث كذلك تختص به البنت المنفردة والأخت المنفردة وجعلوا الوارثين ذكورا وإناثا على مراتب ثلاث ومتى وجد واحد أو واحدة فى المرتبة المتقدمة حجب عن الإرث كل من كان فى المرتبة المتأخرة. وإليك المراتب الثلاث:

الأولى: الأبوان والأولاد وإن نزلوا ولا يتقدم بعضهم على بعض ولا يرث معهم الأجداد ولا الأخوة الأخوات وإن كانوا من أرباب الفروض والزوج والزوجة يأخذان نصيبهما كاملا، مع جميع المراتب.

الثانية: الأخوة والأخوات وإن نزلوا والأجداد والجدات وإن علوا فى جميع الجهات. ويشترك هذان الصنفان ولا يتقدم بعضهم على بعض بل يشترك البعيد من أحد الصنفين كابن بنت الأخت مع القريب فى الصنف الآخر كأبن الأبن.

الثالثة: الاعمام والعمات والاخوال والخالات من أى جهة وأولادهم لكن القريب من أحد الصنفين يحجب البعيد فلا يرث إبن العم مع الخال.

وعند سائر المذاهب تتداخل هذه المراتب ويشترك بعضها مع بعض وقد تجتمع الثلاث فى بعض الحالات.

كأم. وأخت لأم. وعم لابوين فللام الثلث. وللأخت السدس. وللعم الباقى (١).

---

(١) الأحوال الشخصية لمحمد جواد، والأحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم رضا

الفصل الثاني

فى موانع الإرث

موانع الارث أربعة :

١ — الرق : ولا فرق فى ذلك بأن يكون قنا وهو الذى لم ينعقدله سبب الحرية أصلا وبين أن ينعقد لهسبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد وحقق البعض عند أبى حنيفة .

أما المدبر فهو العبد الذى علق سيده عتقه على موته بأن قال له أنت حر بعد موتى أوإذا مت فأنت حر وحكمه أن يبقى على الرق مدة حياة سيده فإذا مات سيده صار حراً بشرط أن لا تزيد قيمته عن ثلث مال سيده. والمكاتب هو العبد الذى يتعاقد معه مولاه على أن يؤدى له قدرا معيناً من المال فإذا أداه صار حراً وحكمه أن يبقى على الرق حتى يؤدى جميع ما اتفق مع سيده على أدائه من المال . وأم الولد وهى الجارية التى يطؤها سيدها بملك اليمين فتلد منه ومن أحكامها أنها تبقى على ملك سيدها ولا يجوز له بيعها حتى يموت فإذا مات سيدها صارت حرة سواء أكانت قيمتها ثلث مال سيدها أم اقل من الثلث ام اكثر والمبعض هو الذى بعضه حر وبعضه رقيق .

٢ — القاتل بغير حق لا يرث فى المقتول شيئاً عند الحنفية سواء قتله عمدا او خطأ وكذلك كل قاتل هو فى معنى الخاطىء كالنائم إذا انقلب على مورثه وكذلك ان سقط من سطح على مورثه فقتله . وقتل

الصبى والمجنون والمعتوه لا يوجب حرمان الميراث لأن الحرمان يثبت جزاء قتل محظور وفعل هؤلاء ليس بمحظور والتسبب إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر وواضع الحجر وصاب الماء فى الطريق ونحوه وكل قتل اوجب القصاص او الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث وما لا يوجب ذلك فهو تسبب لا يحرم الميراث . وذهب الشافعية إلى ان القاتل ممنوع من الميراث مطلقا سواء أكان القتل عمدا أم خطأ أم شبه عمد وسواء أكان القتل بحق أم كان بغير حق وسواء أكان القتل بمباشرة أم كان بالتسبب واستدلوا على ماذهبوا إليه بقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لقاتل ميراث » وقوله عليه الصلاة والسلام. « القاتل لا يرث » وتسمية المتسبب قاتل يدعو إلى التأمل .

٣ — اختلاف الدين مانع فى الإرث والمراد به الاختلاف بين الإسلام والكفر وأما اختلاف الملل الأخرى كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبدة الأوثان فلا يمنع الإرث حتى يجرى التوارث بين اليهودى والنصرانى والمجوسى .

٤ — اختلاف الدارين يمنع الإرث فى حق أهل الكفر لا فى حق المسلمين حتى لومات مسلم فى دار الحرب يرثه إبنه الذى فى دار الإسلام ثم اختلاف الدار على نوعين (ا) حقيقى كحربى مات فى دار الحرب وله أب أو إبن ذمى فى دار الإسلام فانه لايرث الذمى فى ذلك الحربى وكذا لومات ذمى فى دار الإسلام وله أب أو ابن فى دار الحرب فإنه لايرث ذلك الحربى من هذا الذمى (ب) وحكمى كالمستأمن والذمى حتى لومات مستأمن فى دارنا لايرث منه وارثه الذمى ومن مات من أهل الذمة ولاوارث له فماله لبيت المال[١] أما موانع الارث عند الامامية فهى ثلاثة : الكفر . والرق . والقتل[٢].

---

(١) مصدر البحث الفتاوى الهندية وشرح الرحبية.

(٢) مصدر البحث المختصر النافع فى فقه الامامية.

أما الكفر فإنه يمنع من طرف الوارث فلا يرث الكافر مسلماً حربيا كان الكافر أو ذميا أو مرتداً ويرث الكافر أصليا ومرتداً فميراث المسلم لوارثه المسلم ولو لم يكن وارث مسلم فميراثه للامام والكافر يرثه المسلم إن اتفق ولا يرثه الكافر إلا إذا لم يكن وارث مسلم ولو كان وارث مسلم كان أحق بالإرث وإن بعد وقرب الكافر . والمسلمون يتوارثون وإن اختلفت آراؤهم وكذا الكفار وإن اختلفت مللهم .

وأما القتل فيمنع الوارث من الارث إذا كان عمداً ظلما ولا يمنع لو كان خطأ . ولو اجتمع القاتل وغيره فالميراث لغير القاتل وإن بعد سواء تقرب بالقاتل أو بغيره ولو لم يكن وارث سوى القاتل فالإرث للامام.

أما الرق فيمنع من الوارث والمورث .ولو اجتمع مع الحر فالميراث للحر دونه ولو بعد وقرب المملوك .

وقد فصلت المادة (٢٢) من القانون المدنى العراقى حالة التوارث بين العراقى والأجنبى موضحة ما إذا كان يعتبر اختلاف الجنسية من موانع الإرث فقالت المادة ٢٢ قضايا الميراث يسرى عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يأتى :

(ا) اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث فى الأموال المنقولة والعقارات غير أن العراقى لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقى منه .

(ب) الأجنبى الذى لا وارث له تؤول امواله التى فى العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك .

الإيضاح: المادة واضحة المفاد بفقراتها إلا أن ما يجب ملاحظته هو أن المعاهدات التى تعقد بين الدول كثيراً ما تجلو وتوضح الحقوق التى يتمتع بها رعايا الدولتين المتعاقدين وأفرادها وورثتهم.

الباب العاشر

فى أصحاب الفروض وبيان فروضهم

الإرث المجمع عليه نوعان الأول إرث بالفرض والثانى إرث بالتعصيب عند المذاهب الأربعة او الملة عند الأمامية .

والإرث بالفرص هم اصحاب الفروض الذين قدر الله لهم سهما فى كتابه العزيز مثل البنت والأبوين وغيرهم أو فرض لهم السهم المقدر فى سنة رسوله عليه الصلاة والسلام كالجدات الذين قال فى حقهم أعطوا الجدات السدس أو قام الإجماع على إرثهم كجعل الجد أب الأب مثل الأب فى الحكم عند عدم الأب وجعل ابن الإبن عند عدم الإبن كالإبن وبنت الإبن عند عدم البنت كالبنت . والأخ لأب عند عدم الشقيق كالشقيق فهذا الصنف وهم أصحاب الفروض يقدمون فى الإرث على بقية الاصناف التسعة الباقين الذين مر البحث عنهم فى ترتيب الإرث فإذا استغرقوا التركة فهى لهم كلها وإذا فضل شىء بعد استيفاء أرباب الفروض سهامهم أعطى إلى الصنف الثانى وهم العصبات لقوله عليه السلام [الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته الفروض فلأولى رجل ذكر] وذلك لدى المذاهب الاربعة والعصبة هو من يأخذ الباقى فى التركة بعد أخذ أرباب الفروض حقهم وتأخذ العصبة كل التركة إذا لم يوجد أحد من أرباب الفروض.

أما الفروض المقررة فى كتاب الله فستة وهى إلى نوعين :

الأول : النصف ، الربع ، الثمن .

الثانى : الثلثان ، الثلث ، السدس .

وأصول مسائل الميراث سبعة ولكن لا يمكن إستخراجها إلا بعد معرفة مآخذ هذه الفروض الستة والنسب بين الأعداد والقاعدة عند كل نسبة واستخراج كل فرض منها يكون فى العدد الذى يمكن أخذه منه على انفراد من دون كسر . ومأخذ كل فرض سميه أى العدد المشارك له فى المادة إلا النصف فإنه من اثنين فمأخذ النصف اثنان والرابع أربعة والثمن ثمانية وكل من الثلثين والثلث ثلاثة والسدس ستة وإن شئت فقل مأخذ كل فرض من هذه الفروض مقام الكسر عندما يوضع على هيأة كسر اعتيادى وعلى هذا لا استثناء أصلا لأن النصف الذى هو مستثنى من الأول إذا وضعته كسرا اعتياديا كان مقامه اثنين وهما مأخذه وهكذا الثلثان وغيرهما .

الفصل الأول

النسب بين الأعداد وأصول المسائل

النسب بين الأعداد كل عددين يفرضان لابد أن تكون بينهما نسبة من أربع وهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين .

فتماثل العددين كون أحدهما مساويا للاخر كثلاثة وثلاثة ويسميان بالمتماثلين فإذا وجد عددان متماثلان عند الفرضيين أخذوا واحداً منهما وكان هو أصل المسألة .

وتداخل العددين المغاير كل منهما للآخر هو أن يقبل العدد الأكبر القسمة على العدد الأصغر دون أن يبقى فى الأكبر شىء . أى بمعنى أن الكبير مضاعف الصغير مثل عددى ٤ ، ١٢ لأن عدد (١٢) مضاعف عدد (٤) : أى مضاعف ٤×٣ .

وأما المتوافقان فكل عددين لايفنى احدهما الآخر ولاينقسم عليه لكن يفنيهما عدد آخر يكونان متوافقين بجزء العدد المفنى ، كالثمانية مع الإثنى عشر تفنيهما اربعة فهما متوافقان بالربع وكذلك خمسة عشر مع خمسة وعشرين يفنيهما خمسة فتوافقهما بالخمس وقد يفنيهما اعداد كإثنى عشر وثمانية عشر فإنه يفنيهما الستة والثلاثة والإثنان فيؤخذ جزء الموفق من أكثر الأعدادفيكون اخصر فى الضرب والحساب.

وأما المتباينان فكل عددين ليسا متداخلين ولا متماثلين ولا يفنيهما إلا الواحد كالخمسة مع السبعة والسبعة مع التسعة .

أصول المسائل

كل مسألة ترد فى علم الفرائض لابد أن يكون أصلها واحداً من سبعة وهى اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون فلا تخرج عن هذه الأصول فى أول الأمر وإن كان بعض هذه الأصول وهو الستة والأثنا عشر والأربعـة وعشرون تزيد على أصلها وسيجىء ذلك بأذن الله فى باب العول والذى دعانا إلى معرفة مآخذ الفروض والنسبة بين العددين هو معرفة هذه الأصول إذ لا تتيسر إلا بهما إذ أن هذه الأصول السبعة آتية من مآخذ الفروض المتقدمة مع ملاحظة النسب بين الأعداد .

وبعد أن عرفنا الارث بالفروض والارث بالتعصيب نستطيع أن نقول أن أصحاب الفروض أثنا عشر : أربعة من الذكور وهم الأب والجد الصحيح وهو أب الأب وإن علا والأخ لأم والزوج. ومن النساء ثمانية هى الزوجة والبنت والأخت لأبوين وبنت الإبن وإن سفلت والأخت لأب والأخت لأم والأم والجدة الصحيحة (١)

(١) مرجع هذا البحث الأبيانى

الفصل الثانى

فى بيان من يستحق الفروض

المقدرة فى كتاب الله

النصف : فرض خمسة من أصناف الورثة

١ — الزوج فيما إذا لم يكن لزوجته المتوفاة فرع وارث بأن لا يكون لها ابن ولا ابن إبن وإن نزل ابوه ولا بنت ولا بنت ابن وان نزل ابوها فإن كان لها فرع غير وارث كبنت البنت وبنت ابن البنت فإن وجوده وعدمه سواء والزوج يرث زوجته فى ثلاث أحوال اثنين متفق عليهما الأول ان تموت الزوجة فى حال قيام الزواج الصحيح بينهما . والثانى ان تموت وهى فى العدة من طلاق رجعى . والثالث مختلف فيه وهو : ان تموت وهى فى العدة من فرقة بتة حاصلة بسبب منها وهى مريضة مرض الموت فمن ذهب منها إلى توريثه منها فى هذه الحالة علل هذا بأن فى حصول الفرقة من قبلها و بسببها فى المرض المفضى إلى الموت شبهة انها قصدت بذلك حرمانه فرددنا عليها قصدها السىء .

٢ — البنت الصلبية . وهى الحالة التى ترث فيها البنت الصلبيه بالفرض وحده فيما إذا لم يكن معها احد من اخوتها الذكور ابناء الميت .

٣ — بنت الإبن عند فقد البنت .

٤ — الاخت الشقيقة وهى اخت الميت لأبيه وامه وهى من الورثة الذين يرثون بالفرض وحده ويرثون احيانا بالعصوبة وحدها وتستحق النصف بالفرض بشروط ثلاثة اولها ان تكون واحدة . ثانياً الا يكون

معها من يعصبها وثالثها ان لا يكون بين الورثة من يحجبها ودليل ذلك قوله تعالى «إن امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ماترك».

٥ — الأخت لأب وتستحق النصف اذا كانت واحدة ولم يكن معها من يعصبها ولا من يحجبها . وقد اجمعوا على ان المراد بقوله تعالى (وله اخت فلها نصف ما ترك) الأخت من الأبوين والأخت من الأب دون الأخت من الأم .

الربع : فرض اثنين من اصناف الورثة

١ — الزوج ان كان معه ولد الزوجة او ولد ابن لها سواء كان ولدها من الزوج او من غيره .

٢ — فرض الزوجة او الزوجات فيما اذا لم يكن لزوجها المتوفى ولد ولا ولد ابن وان نزل ابوه . والولد يشمل الإبن والبنت وولد الإبن كذلك والشرط فى ولد الإبن الا يكون بينه وبين الميت انثى والشرط فيها جميعاً ان يكون هذا الفرع وارثا غير ممنوع بكفر او غيره ودليل ارثها قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد) .

الثمن : فرض نوع واحد من انواع الورثة

(*) تستحق الزوجة او الزوجات فرض الثمن مع وجود الولد او ولد الإبن ذكراً كان او انثى اجماعاً لقوله تعالى فإن كان لكم ولد فلهن الثمن ويكفى فى حجبها أو حجبهن من الربع إلى الثمن وجود واحد من البنين أو من البنات أو من بنى الإبن أو من بنات الإبن .

الثلثان : فرض أربعة من أصناف الورثة

١ — فرض الجمع من البنات الصلبيات والمراد بالجمع هنا مازاد على واحدة فيشمل البنين فأكثر .

٢ — بنات الإبن إثنتين فأكثر .

٣ — فرض الأختين الشقيقتين فأكثر .

٤ — فرض الأختين للأب فأكثر اجماعاً لقوله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وقوله تعالى (فإن كانتا إثنتين فلهن الثلثان مما ترك) وفيه خلاف شاذ يحكى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى النقل عنه أنه كان يذهب إلى أن فرض البنت الصلبية لا يتغـــير من النصف إلى الثلثين إلا إذا كن ثلاثا فصاعداً فإن كانتا اثنين فحكمهما حكم الواحدة . وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم لبنتى سعد بالثلثين من تركة أبيهما كما صححه الترمذى والحاكم وغيرهما[١] .

الثلث : فرض اثنين من أصناف الورثة

(١) الأم حيث لا ولد للميت ذكراً أو أنثى ولا ولد ابن سواء كان ولد الابن ذكراً أو انثى . وحيث لا من أخوة الميت جمع ذو عدد أى إثنان فأكثر يستوى فيه الذكور والأناث فيشمل الأخوين فصاعداً أو الأختين فصاعداً والأخ والأخت فصاعداً لقوله تعالى «فإن لم يـكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» وقوله تعالى «فإن كان له أخوة فلأمه السدس» والمراد بالأخوة فى الآية اثنان فأكثر ذكران أو مختلفان . ويفرض للام ثلث الباقى بعد فرض الزوجية فى صورتين تلقبان بالفراوين وبالعمريتين لقضاء عمر رضى الله عنه فيهما بذلك أحدهما أن يـكون للميت زوج وأم وأب فللزوج النصف وللام ثلث الباقى بعده وللأب الفاضل والثانية أن يـكون للميت زوجة فأكثر وأم وأب فللزوجة الربع وللأم ثلث الباقى بعدها وللاب الفاضل وثلث الباقى فى الحقيقة سدس فى الصورة الأولى وربع فى الثانية فهو من الفروض الستة وراجع إليها .

---

(١) شرح الرحبيه .

(٢) والثانى فى فرضة الثلث العدد من أولاد الأم ذكرين فأكثر أو اثنيين فأكثر أو مختلفين فأكثر ويقسم على عدد رؤوسهم يستوى فيه ذكورهم واناثهم اجماعاً لقوله تعالى فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث وظاهر التشريك التسوية فى القسمة .

السدس : فرض سبعة من اصناف الورثه :

١ ـ الأب .

٢ ـ الأم .

٣ ـ الجد.

٤ ـ بنت الإبن .

٥ ـ الأخت لأب .

٦ ـ الجدة .

٧ ـ ولد الأم .

وإليك تفصيل ذلك . فالأب والام كل منهما يستحق السدس مع وجود الولد بنص القرآن وهو قوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » وولد الابن كالولد فى هذا اجماعاً وهو أى السدس للام مع اثنين فصاعداً من الاخوة والاخوات مطلقاً اجماعا قبل خلاف ابن عباس وغيره لظاهر قوله تعالى [فإن كان له اخوة فلأمه السدس] .

والجد عند فقد الاب مثل الاب فى أخذه السدس مع وجود الولد أو ولد الابن اجماعا لظاهر الآية لأن الجد يسمى أبا والجد كالاب يحوز جميع المال إذا انفرد ويأخذ ما أبقت الفروض إن لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولكنه يخالف الأب فى مسائل فلهذا استثنى منها ثلاث مسائل :

الاولى: إذا كان مع الجد اخوة لأبوين أو لأب فليس حكم الجد معهم حكم الأب لأن الأب يحجب الاخوة اجماعا خلافا للجد إذ يقاسم الاخوة إلا عند الحنفيه فإنه يحجب الاخوة أيضا .

المسألة الثانية : احدى الفراوين وهى ابوان وزوج . للام فيها ثلث الباقى بعد فرض الزوج فيأخذ الأب مثليها فلو كان بدل الأب فيها جد كان للام معه ثلث جميع المال .

المسألة الثالثة : ثانية الفراوين — وهى أبوان وزوجة فأكثر . للام فيها ايضا ثلث الباقى بعد ربع الزوجة ولو كان فيها بدل الاب جد كان للام منه ثلث الجميع أيضا .

أما بنت الابن فأكثر ففرضها السدس إذا كانت مع البنت الصلبية الواحدة ويكون السدس التى تأخذه بنت الابن أو بنات الإبن تكملة الثلثين اجماعا لقول إبن مسعود رضى الله عنه وقد سئل عن بنت وبنت إبن واخت فقال لاقضين فيها بقضاء النبى صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت رواه البخارى وغيره .

والخامس ممن فرضه السدس الاخت من الاب أو الاخوات من الاب مع الاخت الواحدة من الابوين فإن للاخت أو الاخوات من الاب السدس تكملة الثلثين اجماعا قياسا على التى قبلها فان كان فى الورثة اختان الابوين فأكثر سقطت الاخت أو الاخوات للاب إلا إذا كان معها أو معهن أخ لأب يعصبها أو يعصبهن .

والسادس ممن يستحق السدس الجدة مطلقا سواء كان للميت ولد أو لم يكن وسواء كان له اخوة أو لم يكن وسواء كانت من قبل الام أو من قبل الأب فأما أم الأم وأم الأب وامهاتهما فترث كل واحدة منهن السدس

إذا انفردت ويشتركان فى السدس إذا اجتمعنا إجماعا وأما أمهات الأجداد وامهاتن فيرثن عند الشافعة وعند الحنفية لادلائهن بوارث قياسا على أم الأب خلافا للامام مالك . أما من أدلت بغير وارث فلا ترث شيئا كأم أب الأم وإذا خلف الميت جدتين أو جدات وتساوى نسبهن فى الدرجة وكن كلهن وارثات . أى مدليات بوارث كأم أم وأم أم أب تسم السدس بينهن على عدد رؤوسهن بالسوية إذا كن صحيحات متحاذيات فى الدرجة لأن القربى تحجب البعدى ويسقطن أى الجدات كلهن سواء كن من جهة الأب او من جهة الأم أو مختلطات بالأم وتسقط الجدات الأبويات دون الاميات بالاب وكذلك تسقط الابويات بالجد إلا أم الأب وان عفت فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله وهكذا القريبة تحجب البعيدة .

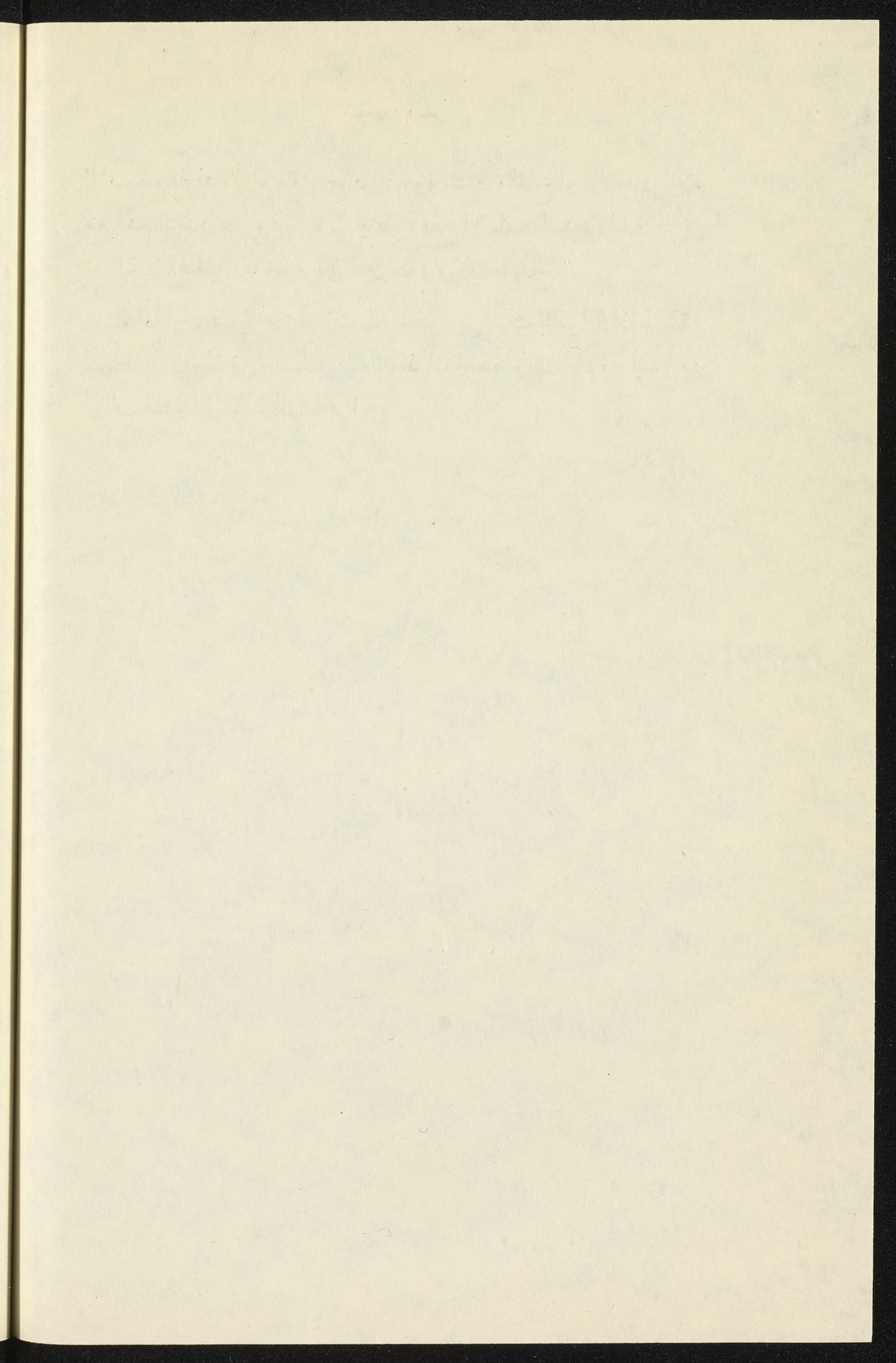
والسابع ممن يستحق السدس ولدا لأم ذكراً كان أو انثى بشرط أن يكون منفرداً اجماعاً لقوله تعالى : [وله اخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس]

ولا خلاف بين فقهاء المسلمين فى انه يبدأ أول مايبدأ فى توزيع التركة بأصحاب الفروض المقدرة فى كتاب الله وأن الفروض ستة لا غير وانما الخلاف فى عدد اصحابها المستحقين لها وفيمن تستحق الفاضل من الفروض . وأيضاً اختلفوا فى ارث أولاد البنت والعمات والأعمام لأم والأخوال والخالات والجد لأم إذ ان هؤلاء من ذوى الأرحام عند المذاهب الأربعة وحكمهم يختلف عن حكم اصحاب الفروض والعصبات بينما ينظر فقهاء الإمامية إلى توريثهم بالقرابة النسبية .

ويتفق فقه الإمامية فيمن يستحق النصف مع فقه المذاهب الأربعة إلا فى بنت الإبن التى هى كالبنت الصلبية عند الأربعة وكأبيها عند الإمامية والمستحقون للربع والثمن والثلث والثلثين محل اتفاق وإعطاء السدس

للاب مع الولد وللام مع وجود الأخوة للميت وللاخ أو الأخت للام مع عدم التعدد محل وفاق ولا يعطى فقه الامامية السدس لبنت الإبن مع البنت الصلبية انما تحرم من الميراث ولو كان معها أخ .

وأما الجد فليس من أرباب الفروض بل يرث بالقرابة إذا لم يكن للميت أبوان ولا من ينتسب اليه وكذلك الجدة وبنت الإبن ليستا من أرباب الفروض بل يرثان بالقرابة .



الباب الحادى عشر

فى بيان أحوال نصيب ذوى الفروض

المتقدمة مع غيرهم من الورثة

كان بيان الفروض الستة المقدرة فى كتاب الله قاصرا على معرفة مستحق الفرض عند الانفراد ، وهذا الباب يبين ويعين فروض كل من أصحاب الفروض عند اجتماعه مع غيره .

«أحوال الأب»

إذا مات شخص وترك أبا فلا يخلو حال الأب بالنسبة للارث من احوال ثلاثة :

الحالة الأولى :

إرثه بالفرض المطلق الخالى من التعصيب بمعنى أنه يأخذ فرضه وهو السدس ولاشىء له بعد ذلك أصلا بطريق التعصيب لأن هناك من هو مقدم عليه فى التعصيب وهى الحالة التى تكون عند وجود الفرع الوارث بشرط أن يكون مذكراً وهو الإبن وابن الإبن وإن نزل .

مثال ذلك :

مات عن

أب	ابن	أصل المسألة
١/٦	ق	٦
١	٥	

فالأب فى هذه الحالة يأخذ السدس ولا يزاحمه فيه غيره . والإبن يأخذ الباقى كله إذا لم يكن هناك مستحق معه فإن وجد من أصحاب الفروض من يستحق معه ، أخذ فرضه أولا والباقى للإبن

مثال ذلك :

مات عن

أب	أم	زوج	ابن	أصل المسألة
١/٦	١/٦	١/٤	ق	١٢ وهو المضاعف البسيط
٢	٢	٣	٥	

فبالطبع أن من له الباقى يختلف باختلاف أصحاب الفروض الذين معه وهذا عند المذاهب الأربعة أى أن الإبن يستحق الباقى لكونه عصبة ولأن البنوة مقدمة فى التعصيب على الأبوة . أما عند الإمامية فيأخذ الإبن الباقى بالقرابة .

الحالة الثانيـــة :

إرثه بالفرض والتعصيب معاً وهذه الحالة تكون عند وجود الفرع الوارث إذا كان مؤنثاً وهو البنت وبنت الإبن وإن نزل أبوها .

مثال ذلك .

توفى عن

أب	وبنت	أصل المسألة
$\frac{1}{6}$ + ق	$\frac{1}{2}$	٦
١ + ٢	٣	

مثل آخر :

مات عن

أب	بنتين	أصل المسألة
$\frac{1}{6}$ + ق	$\frac{2}{3}$	٦
١ + ١	٤	

مثل آخر :

مات عن

أب	بنت	بنت ابن	أصل المسألة
$\frac{1}{6}$ + ق	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$ تكملة الثلثين	٦

وقد يوجد مع الأب والفرع المؤنث الوارث من يستحق من أصحاب

الفروض فإن الاب لا يأخذ الباقى بالتعصيب إلا بعد استيفاء أصحاب الفروض فروضهم ، مثال ذلك :

مات عن

أب	زوجه	بنت	بنت ابن	أصل المسألة
١/٦ + قى	١/٨	١/٢	١/٦ تكملة الثلثين	٢٤
٤ + ١	٣	١٢	٤	

وبالطبع أن الباقى يزيد وينقص نسبة لقله أصحاب الفروض وكثرتهم.

أما عند الإمامية فبنت الابن تقوم مقام أبيها فللأب مع الفرع المذكر الوارث أومع بنت الابن السدس فقط وما بقى فللفرع المذكر أو لبنت الابن بالقرابة وللأب مع البنت الفرض مع الرد وكذلك مع أولاد البنت .

الحالة الثالثة .

التعصيب المحض فى المذاهب الاربعة أوالارث بالقرابة عند الإمامية إذا لم يوجد للمتوفى فرع وارث أصلا فاذا توفى شخص عن أب ولم يترك فرعا وارثاً لا مذكرا ولا مؤنثا ولم يكن معه وارث أخذ كل التركة بطريق التعصيب فى فقه المذاهب الاربعة وبالقرابة عند الإمامية .

مثال ذلك :

مات عن

أب	أم	أصل المسألة
قى	١/٣	٣
٢	١	

ويستدل فقهاء الحنفية على حالات الاب الثلاث بالأدلة الشرعية التالية : فيستحق الأب السدس مع الفرع الوارث بصراحة النص [ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد] فقد جعل له السدس مع الولد وولد الإبن ولد شرعاً وعرفاً قال تعالى [يا بنى آدم] كما قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وعلى ذلك الإجماع وهو دليل آخر .

ودليل استحقاق الاب بالفرض والتعصيب وذلك فى حالته الثانية الآية المتقدمة ولقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته فلاولى رجل ذكر » .

واستحقاق الاب بالتعصيب المحض وهى حالته الثالثة فلقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فذكر فرض الأم وجعل الباقى دليل على انه عصبة [1].

والإمامية يقيمون مقام التعصيب بالنسبة للاب (الرد) فيقولون الأب له أحوال ثلاث الفرض المطلق الخالى عن الرد وهو السدس مع الإبن وابن الابن وإن سفل وبنت الإبن والفرض والرد مع البنت ومع اولاد البنت لا مع بنت الإبن والإرث بالقرابة وهى الحالة الثالثة وذلك عند عدم من ينتسب إلى الميت وإن سفل [2].

---

(١) الأبيانى

(٢) الأحكام الجعفريه للشيخ عبد الكريم رضا .

«أحوال الجد»

الجد الصحيح وهو الذى لايدخل فى نسبته إلى الميت أنثى قائم مقام الأب عند عدمه وهو أبو الأب وإن علا ويفترق عن الأب فى المسائل الآتية :

(ا) أن أم الأب لاترث مع الأب وترث مع الجد .

(ب) إذا ترك الميت أبوين مع أحد الزوجين فللأم ثلث مابقى بعد نصيب أحد الزوجين ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث الكل .

(حـ) أن الأخوة الأشقاء أو لأب يسقطون مع الأب إجماعاً ولايسقطون مع الجد إلا عند أبى حنيفة وهو المفتى به .

(د) إذا توفى شخص معتق (بفتح التاء) عن ابن المعتق (بكسر التاء) وأبى المعتق قال أبو يوسف يأخذ الأب السدس بالولاء والإبن الباقى وعند الطرفين لاشىء للأب بل الكل للابن بالولاء أما إذا كان موجودا الجد فلاشىء للجد بل التركة كلها لابن المعتق وبالطبع مفروض عدم وجود الأب وإليك بعض الامثلة :

مات عن

جدة أم أبيه	جد صحيح	أصل المسألة
$\frac{1}{6}$	ق	٦
١	٥	

مات عن

أم	زوجه	جد	أصل المسألة
⅓	¼	ق	١٢
٤	٣	٥	

مسألة أخرى :

ماتت عن

أم	زوج	جد	أصل المسألة
⅓	½	ق	٦
٢		١	

والأحكام المذكورة مصدرها الفقه الحنفى .

أما فى فقه الإمامية فالجد مطلقاً حتى الصحيح وهو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أم لايرث مع الولد وإن سفل وإذا فقد الأبوان والأولاد ورث الأخوة والأجداد ويفترق الجد عن الأب فى مسائل كثيرة منها أن أم الاب لاترث مع الاب وترث مع الجد . ومنها أن الميت إذا ترك الابوين مع أحد الزوجين فللأم ثلث أصل التركه والباقى بعد نصيب أحد الزوجين للأب ولو كان مكان الاب جد فلا يشارك الام وتأخذ هى مازاد على نصيب أحد الزوجين بالفرض والرد ومنها أن الاخوة الاشقاء أو لأب أو لأم يسقطون مع الأب ولا يسقطون مع الجد وكذا الاخوات يسقطن مع الأب والأم وإن كن من أرباب الفروض ولا يسقطن مع الجد .

ومنها أن أبا المعتق مع ابنه يأخذ السدس بالولاء وليس للجد ذلك ويسقط الجد بالاب[1].

«أحوال أولاد الأم»

أولاد الأم لهم أحوال ثلاث :

الحالة الأولى : إستحقاق السدس للواحد منهم سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فإذا توفى شخص وترك أخا أو أختاً لأم وليس من ضمن الورثة فرع وارث مطلقاً ولا أصل وارث مذكر استحق السدس . مثال ذلك :

توفى عن

أخ لأم	أخ ش	أصل المسألة
$\frac{1}{6}$	ق ى	٦
١	٥	

الحالة الثانية : استحقاق الثلث للاثنين فأكثر سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو منهما وفى القسمة لا يفضل مذكرهم على مؤنثهم .

---

(١) مصدر التلخيص من المختصر النافع وفى الأحكام الجعفرية فى الاحوال الشخصية

مثال ذلك :

أخت لأم . أخت لأم .	أخ ش	أصل المسألة
⅓	ع	٣
١	٢	
٢	٤	٦ تصحيح المسألة

الحالة الثالثة : عدم استحقاقهم شيئاً وذلك عند وجود الفرع الوارث مطلقاً سواء كان مذكراً أو مؤنثا والاصل الوارث المذكر فالفرع الوارث هو الابن وابن الابن وإن نزل والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها والاصل الوارث المذكر هو الأب والجد الصحيح وإن علا .

مثال ذلك :

مات عن

أخ لأم	أخت لأم	ابن ابن . بنت ابن	أصل المسأله
محجوب	محجوب	للذكر مثل حظ الانثيين	٣
		٢ ١	

ومصدر أحكام الاحوة لأم قوله تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » والكلالة هى عدم وجود الولد والوالد لقوله تعالى (قل الله يفتيكم فى الكلالة أن امرؤ هلك ليس له ولد) وقوله عليه الصلاة والسلام الكلالة من ليس له ولد ولا والد وولد الابن داخل فى الولد لقوله

---

(١) الاحكام الجعفريه فى الاحوال الشخصيه .

تعالى (يابنى آدم) والجد داخل فى الوالد لقوله تعالى (كما أخرج أبويكم من الجنة) فلا إرث لأولاد الأم مع هؤلاء بالآية والحديث .

وعند الإمامية أولاد الأم لهم أحوال ثلاث السدس للواحد والثلث للاثنين فصاعداً ذكورهم واناثهم فى القسمة سواء ويسقطون بالإبن وإبن الأبن وبنت الإبن وإن سفل وبالبنت وبنت البنت وإن سفلت وبالأب والأم ولا يسقطون بالجد[1].

« أحوال الزوج »

الزوج له حالتان :

الحالة الأولى : استحقاق النصف بشرط عدم الفرع الوارث وهو كما عرفت الابن وابن الابن وان سفل والبنت وبنت الإبن وان نزل ابوها لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد والولد يشمل المذكر والمؤنث وولد الإبن ولد على ما عرفنا فإذا توفيت الزوجة عن زوج وورثة أخر ليس فيهم فرع وارث استحق الزوج النصف .

مثال ذلك : توفيت عن

زوج	أم	أخ لأم	أصل المسألة
½	⅓	⅙	٦
٣	٢	١	

الحالة الثانية : استحقاق الربع بشرط وجود الفرع الوارث لقوله تعالى (فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) فإذا توفيت الزوجة عن زوج وفرع وارث سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فلا يستحق الزوج إلا الربع .

---

(١) الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية .

مثال ذلك : توفيت عن

زوج	بنت	أصل المسألة
١/٤	١/٢	٤
	فرضـــاً	
١	٢ + ١ رداً	

وكذا عند الإمامية الزوج له حالتان النصف عند عدم الولد وولد الإبن وولد البنت وإن سفل والربع مع الولد أو ولد الإبن أو ولدالبنت وإن سفل . والنقطة الخلافية ولد البنت فى دخوله عند الامامية وشموله بتعبير الفرع وعدم دخوله وغير مشمول بتعبير الفرع الوارث .

« أحوال الزوجة أو الزوجات »

للزوجة او الا كثر حالتان :

الحاله الاولى : الربع لقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يـكن لـكم ولد) سواء كان مذكرا او مؤنثا فمتى توفى الزوج وترك زوجته وليس له فرع وارث سواء كان منها او من غيرها استحقت الربع ولو كان معها كثيرون من الورثة .

مثال ذلك : مات عن

زوجة	أم	أخ ش	اصل المسألة
١/٤	١/٣	قى	١٢
٣	٤	٥	

الحالة الثانية : الثمن لقوله تعالى (فإن كان لـكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) فمتى وجد الفرع الوارث للزوج فلا تستحق الزوجة او الزوجات إلا الثمن ولو لم يوجد غيره من الورثة فاستحقاق الزوجة على النصف

من استحقاق الزوج كما هو الشأن فى كل مذكر ومؤنث اتفقا فى صفة واحدة إلا اولاد الأم فإن مذكرهم كمؤنثهم فى الاستحقاق والقسمة .

مثال : مات عن

زوجة	بنت	اصل المسألة
$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{2}$ فرضاً	٨
	٤ =	
١	٣ — رداً	

وكذا حالات الزوجة عند الإمامية مضافاً إليها دخول ولد البنت وان سفل واعتباره فرعاً كولد الإبن والجهة الخلافية الاخرى عدم ارث الزوجة من أرض الميت شيئاً عند الإمامية انما تعطى حقها الأرثية من قيمة الآلات والأبنية والأشجار والمشهور بين المتأخرين من اصحابهم ان الزوجة اذا كانت ذات ولد من الميت ورثت فى جميع ما تركه الميت[١]

(١) الاحكام الجعفرية فى الاحوال الشخصية للشيخ عبد الكريم رضا .

« أحوال البنات الصلبيات »

بنات الصلب لهن أحوال ثلاث :

الأولى : النصف للواحدة إذا انفردت لقوله تعالى [وإن كانت واحدة فلها النصف] فمتى كانت واحدة ومعها غيرها من اصحاب الفروض فتأخذ النصف والبقية من ذوى الفروض يأخذون أنصباءهم .

مثال ذلك : توفيت عن

زوج	بنت	أصل المسألة
¼	½	٤
١	٢ فرضاً	
	١ رداً	

الحالة الثانية : الثلثان للاكثر من بنت صلبية واحدة لقوله تعالى [فإن كن نساء فوق إثنتين فلهن ثلثا ما ترك] وقد عرف حكم مازاد على إثنتين بالكتاب وحكم الإثنتين بالحديث القائل جاءت إمرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان إبنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معك فى أحد وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا فقال يقضى الله فى ذلك فنزلت آية المواريث فقال أعط إبنتى سعد الثلثين وأمها الثمن ومابقى فهو لك .

مثال ذلك : مات عن

بنت، بنت	زوجة	عم	أصل المسألة
⅔	⅛	ق	٢٤
١٦	٣	٥	

الحالة الثالثة: الإرث بالتعصيب مع الإبن سواء كانت واحدة أو أكثر فليس لهن شيء مقدر فى هذه الحالة لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » فإذا توفى شخص عن بنين وبنات كان للإبن مثل حظ الانثيين وإذا وجد معهم غيرهم من أصحاب الفروض لوحظت احكام الحجب فإن لم يكونوا محجوبين اخذ ذوو الفروض المقدر لهم والباقى للبنين والبنات .

ماتت عن

زوج	أب	ابن . بنت . بنت	أصل المسألة
١/٤	١/٦	قى	٢٤
٦	٤	١٤	٢
١٢	٨	٢٨	٢٨ تصحيح المسائل
		١٤ ٧ ٧	

أما البنات الصلبيات عند الإمامية فلهن أحوال ثلاث النصف للواحدة إذا انفردت وإذا أبقت الفريضة يرد عليها والثلثان للاثنتين فصاعداً وإذا أبقت الفريضة يرد عليهما ومع الابن للذكر مثل حظ الأنثيين . أما بنات الإبن فيقمن مقام آبائهن ولا يرثن مع البنات الصلبيات واحدة كانت أو اثنتين فصاعدا ويسقطن بالإبن بخلاف بنات الصلب (١) .

---

(١) الاحكام الجعفرية فى الاحوال الشخصية .

« أحوال بنات الابن »

بنات الابن كبنات الصلب ولهن أحوال ست :

الحالة الأولى :

النصف للواحدة إذا انفردت .

مثال ذلك :   مات عن

بنت ابن	عم	اصل المسألة
١/٢	قی	٢
١	١	

الحالة الثانية : الثلثان للاثنتين فصاعداً عند عدم بنات الصلب .

مثال ذلك: مات عن

بنت ابن، بنت بن	أم	عم	أصل المسألة
٢/٣	١/٦	قی	٦
٤	١	١	

الحالة الثالثة : لهن السدس مع الواحدة الصلبية تكملة للثلثين .

مثال ذلك :   مات عن

بنت	بنت ابن	بنت ابن	عم	أصل المسألة
١/٢	١/٦ تكملة الثلثين		قی	٦
٣	١		٢	٢
			١٢	تصحيح المسألة
٦	٢		٤	

الحالة الرابعة : تعصيبهن بابن الابن فله ضعف ما للانثى .

مثال ذلك : مات عن

بنت	بنت ابن	ابن ابن	اصل المسألة
½	فى الذكر مثل حظ الانثيين		٢
١	١		$\frac{٣}{٦}$
٣	١	٢	

الحالة الخامسة : سقوطهن بالصلبيتين فأكثر . إذا لم يكن معهن معصب فإن وجد أخذن معه بالتعصيب سواء كان فى درجتهن أو أسفل منهن .

مثال ذلك مات عن

بنت . بنت	بنت ابن	أصل المسألة
$\frac{٢}{٣}$	محجوبة	٣
٢		٢ تصح من اثنين فرضاً ورداً

الحالة السادسة : سقوطهن بالإبن فإذا توفى شخص عن .

ابن .	بنت ابن . بنت ابن	أصل المسألة
١	محجوبات	١

أما عند الإمامية فبنات الإبن يقمن مقام آبائهن ولا يرثن مع البنات الصلبيات واحدة كانت أو إثنتين ويسقطن بالإبن بخلاف بنات الصلب .

« أحوال الأخوات لأب وأم أى الشقيقات »

يطلق الفرضيون على الأخوة والأخوات الشقيقات بنى الأعيان أخذاً من أعيان القوم أى خيارهم أما الأخوة والأخوات لأب فطلقون عليهم بنى العلات جمع علة وهم أولاد الضرائر أما الأخوة لأم فيسمون بنى الأخياف لكونهم من أصلين مختلفين مأخوذ من قولهم فرس أخيف إذا كانت إحدى عينيه مخالفة للأخرى أما أحوال الأخوات الشقيقات فخمس .

الحالة الأولى : النصف للواحدة .

مثال ذلك : مات عن

اخت ش .	أم .	عم	أصل المسألة
$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{3}$	قى	٦
٣	٢	١	

الحالة الثانية : الثلثان للاثنتين فصاعداً .

مثال ذلك : مات عن

اخت ش . اخت ش	أم	عم	أصل المسألة
$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{6}$	قى	٦
٤	١	١	

الحالة الثالثة : تعصيبهن بالاخ الشقيق فله ضعف ما للانثى :

مثال ذلك : مات عن

أخ ش .	أخت ش	أصل المسألة
٢	١	٣

للذكر ضعف الانثى

الحالة الرابعة : صيرورتهن عصبة مع البنت أو بنت الإبن أو معهما

مثال ذلك : مات عن

بنت	بنت إبن	أخت ش	أصل المسألة
½	⅙	قى	٦
٣	١	٢	

وإذا استغرقت التركة بأصحاب الفروض سقط العصبه أو العصبات ولا ينالون من التركة شيء .

مثال ذلك: ماتت عن

بنت	بنت	زوج	أم	أخت ش	أصل المسألة
⅔		¼	⅙	قى	١٢
٨		٣	٢	لاشيء	تعول إلى ١٣

الحالة الخامسة : سقوطهن بالإبن وإبن الإبن وإن سفل وبالأب والجد الصحيح وإن علا .

مثال ذلك : مات عن

أخت ش	ابن ابن	أصل المسألة
محجوبه	١	١

أما عند الإمامية : فللأخوات الشقيقات أحوال ثلاث النصف للواحدة والثلثان للإثنتين فصاعداً ويرد عليهن ما أبقت الفريضة ومع الأخ

الشقيق للذكر مثل حظ الأنثيين لاستوائهم فى القرابة إلى الميت .
والأخوات لأب كالأخوات لأبوين عند عدم الأخوة والأخوات لأبوين .

والأخوة والأخوات لأبوين والأخوة والأخوات لأب والأخوة والأخوات لأم كلهم يسقطون بالإبن وابن الإبن وأن سفل وبالأب وبالأم وبالبنت ونسلها وأن سفلوا ولا يسقطون بالجد وتسقط الأخوة والأخوات لأب بالأخ لابوين وبالاخت لابوين .

«أحوال الاخوات لاب»

الاخوات لاب كالاخوات لابوين ولهن أحوال ست النصف للواحدة إذا انفردت والثلثان للاثنتين فصاعداً عند عدم الاخوات لابوين ولهن السدس مع الاخت الواحدة لابوين تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لابوين إلا أن يكون معهن أخ لاب فيعصبهن السادس من الاحوال المذكورة أن يصرن عصبة مع البنات الصلبيات أو مع بنات الابن كما تقدم فى الاخوات لابوين .

ولما كان الاخوات لأبوين أو لأب يسقطن بالابن وابن الابن وأن سفل وبالأب والجد الصحيح وان علا والاخوات لأب يسقطن أيضاً بالاخ الشقيق مطلقاً وبالشقيقتين إلا إذا كان هناك معصب وهو الاخ لأب . وبالاخت الشقيقه إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الإبن ومثل الاخوات فيما ذكر الاخوة الاشقاء أو لأب فى أنهم يسقطون بالإبن وابن الإبن وان سفل وبالأب والجد الصحيح وإن علا.

«أحوال الأم»

للأم أحوال ثلاث :

١ — السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وان سفل أومع الإثنين من الاخوة والاخوات فصاعداً من أى جهة كانا .

مثال ذلك :

مات عن

أم	أخت لأم	أخت لأم	زوجة	أصل المسألة
١/٦	١/٣		١/٤	١٢
٢	٤		٣	٩
١	٢ ردا			٣

فالأسهم الثلاث الباقيـــة ترد بالنسبة على أصحاب الفروض عدا الزوجة .

٢ — للأم ثلث الكل عند عدم المذكورين وهم الولد أو ولد الإبن وإن نزل أو الإثنان من الأخوة أو الأخوات فصاعداً .

مثال ذلك :

مات عن

أم	أخت ش	عم	أصل المسألة
١/٣	١/٢	ق	٦
٢	٣	١	

٣ — للأم ثلث ما بقى بعد فرض أحد الزوجين وذلك فى مسألتين

ماتت عن

(ا)	زوج	أم	أب	أصل المسألة
	½	⅓ الباقى	ق	٦
	٣	١	٢	

مات عن

(ب)	زوجة	أم	أب	أصل المسألة
	¼	⅓ الباقى	ق	١٢
	٣	٣	٦	

ولو كانت الأم مع الجد وأحد الزوجين فلها ثلث جميع المال .

وهاتان المسألتان تسميان بالغراوين لشهرتهما كالكوكب الأغر وبالعمريتين لقضاء سيدنا عمر بن الخطاب فيهما بذلك .

أما عند الإمامية فللام أحوال أربع السدس إن كان للميت ولد أو ولد ابن وأن سفل ذكراً كان أو أنثى أو مع الاثنين من الأخوة أو مع أربع من الاخوات فصاعداً للأب والأم أو للأب ولا يحجبها كلالة الام ولها السدس والرد مع بنت الصلب أو من ينتسب إليها ومع البنتين فصاعداً أو من ينسب إليهما ولها ثلث الكل عند عدم المذكورين لا ثلث مابقى بعد فرض أحد الزوجين فيما إذا كان زوج وأبوان أو زوجة وأبوان ولو كان كان مكان الاب جد أولم يكن واحد منهما فللام ثلث جميع المال بعد فرض الزوج أو الزوجة بالفرض كما تقدم والباقى يرد عليها وليس للجدة شىء .

«أحوال الجدة أو الجدات»

الجدة الصحيحة أو الجدات لها حالتان والجدة الصحيحة هى التى لم تنتسب بجد فاسد وقد عرفت أن الجد الفاسد من تخلل فى نسبته إلى الشخص أنثى كأبى الأم فكل جدة لم تنتسب بجد فاسد فهى صحيحة.

وللجدة السدس لأم كانت أو لأب واحدة كانت أو أكثر إذا كن صحيحات متحاذيات فى الدرجة لأن القربى تحجب البعدى ويسقطن أى الجدات كلهن سواء كن أبويات أى من جهة الأب أو أميات أى من جهة الأم بالأم وتسقط الجدات الأبويات دون الأميات بالأب وكذلك تسقط الأبويات بالجد إلا أم الأب وإن علته فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله وهكذا القريبة تحجب البعيدة من أى جهة كانت وارثة أو محجوبة وإذا كانت جدة ذات قرابة واحدة كأم أم الأب والأخرى ذات قرابتين أو أكثر كأم أم الأم وهى أيضاً أم أبى الأب يقسم السدس بينهما انصافا[1].

---

(١) لقد اعتمدنا فى تلخيص هذا الباب كله وهو الباب الحادى عشر على الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا وعلى الشرح للابيانى وعلى شرح الرحبية فى الفرائض للسبط الماردينى والمختصر النافع فى فقه الإمامية للمحقق الحلى وعلى الأحكام الجعفرية للشيخ عبدالكريم

الباب الثانى عشر

التعصيب

قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر . وعلى هذا الأساس إذا خلصت تركة الميت مما هى به مثقلة كالديون والوصية وبقى منها ما يستحقه ورثة الميت فيبدأ بالعطاء إلى أصحاب الفروض فإذا أعطو وبقى من التركة شيء فيعطى لأولى رجل ذكر وهو مايطلق عليه الفرضيون العصبة . وعصبة الرجل لغة قرابته من جهة أبيه وكأن العصبة جمع عاصب وهو فى الأصل اسم فاعل من مصدر عصب القوم بفلان أحاطوا به فالأب طرف والإبن طرف والعم جانب والأخ جانب ويطلق لفظ العصبة على الواحد والإثنين والجمع وقد قالوا فى مصدرها العصوبة وقالوا الذكر يعصب الأنثى أى يجعلها عصبة (١).

والعصبة تنقسم انقساما أولياً إلى قسمين الأول العصبة النسبية وهى الآتية من جهة النسب أى القرابة والثانى العصبة السببية وهى الآتية من جهة السبب أى العتق .

والأول ينقسم إلى ثلاثة أقسام عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره . وبالطبع إذا أطلق العاصب فلا ينصرف إلا إلى العاصب بنفسه وهو من يأخذ جميع المال عند انفراده أو ما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر إن لم يكن محجوباً به كالأخت الشقيقة مع الإبن فإنها وإن كانت صاحبة فرض إلا أنها لا تأخذ شيئاً معه (٢).

---

(١) الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية لمحمد محى الدين عبد الحميد .
(٢) الأبيانى.

العاصب بنفسه النسبى

هو كل مذكر لم ينتسب بالأنثى وحدها سواء انتسب بمذكر فقط كابن الابن أو انتسب بأنثى مع مذكر كالأخ الشقيق نخرج عنه من إنتسب بأنثى فقط كابن الأم فإنه ليس بعصبة .

ويعرف بعض الفقهاء العاصب بنفسه بأنه كل من يحتج فى عصوبته إلى الغير ولا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى وهو أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض بالميراث فالبنوة أولا : وتشمل ابن الميت وإن سفل فمن مات وترك إبناً لا غير فالمال كله للابن بالعصوبة . والأبوة ثانياً والأخوة ثالثاً والعمومة رابعاً . والتقديم فى العصبة يكون أولا بالجهة وذلك كالبنوة فانها مقدمة على الأبوة ثم بالدرجة والإبن مقدم على ابن الابن ولو كانوا من جهة واحدةوالأب مقدم على الجد الصحيح لأن درجة الأب أقرب . فإذا إتحدوا فى الجهة والدرجة قدم الأقوى فمن كان صاحب قرابتين قدم على صاحب القرابة الواحدة فالأخ لأبوين يقدم على الأخ لأب وإبن الأخ لأبوين يقدم على إبن الاخ لاب وابن العم لابوين يقدم على إبن العم لاب . أما إذا استووا فى الجهة والدرجة والقوة استحق الجميع على السواء .

أمثلة مختلفة :

مات عن

أصل المسألة	ابن
١	١

مات عن

ابن	أب	أصل المسألة
ق	$\frac{1}{6}$	٦
٥	١	

مات عن

أب	أخ ش	أصل المسألة
١	محجوب	١

مات عن

أخ ش	ابن أخ ش	عم	أصل المسألة
١	محجوب	محجوب	١

العاصب بغيره

هى كل أنثى احتاجت فى عصوبتها إلى الغير وشاركت ذلك الغير فى تلك العصوبة وهى تنحصر فى الإناث التى فرضهن نصف عند الإنفراد وثلثان عند الاجتماع وهن أربعة البنت وبنت الإبن . والاخت الشقيقة والاخت لاب فكل واحدة منهن تحتاج إلى من يعصبها وهو الإبن بالنسبة للبنت وابن الإبن بالنسبة لبنت الإبن والاخ الشقيق بالنسبة للاخت الشقيقة والاخ لاب بالنسبة للاخت لاب فمتى اجتمعت البنات مع الابناء والاخوات الشقيقات مع الاخوة الأشقاء ورث الكل

بالتعصيب فيأخذ المذكر ضعف ما الانثى فقد صدق على كل واحدة منهن أنها صارت عصبة بغيرها وشاركته فى تلك العصوبة والمعصب لكل منهن لا يكون إلا فى درجتها إلا بنت الإبن فإن المعصب لها تارة يكون فى درجتها وتارة يكون أنزل منها درجة أو أكثر فإن كان فى درجتها عصبها مطلقاً وإن كان انزل منها درجة فلا يعصبها إلا إذا كانت محتاجة إليه . فإذا لم تكن الأنثى صاحبة فرض واجتمعت مع أخيها العاصب فلا يعصبها كالعم مع العمة لأبوين فإن المال كله للعم دونها لأن العمة ليست بصاحبة فرض بل هى من ذوى الأرحام .

والعصبة مع الغير هى كل انثى احتاجت فى عصوبتها إلى الغير ولم يشاركها ذلك الغير فى تلك العصوبة وهما اثنتان أخت لأبوين واخت لأب تصير كل واحدة منهما عصبة مع بنت الصلب أو مع بنت الإبن سواء كانت واحدة أو أكثر .

والفرق بين هاتين العصبتين أن الغير فى العصبة بغيره يكون عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى وفى العصبة مع غيره لا يكون عصبة بنفسه أصلا بل تكون عصوبته تلك مجامعة لذلك الغير .

العاصب السببي

هو مولى العتاقة وسمى بذلك لأن عصوبته آتية من جهة السبب وهو العتق فهو وارث بالتعصيب ولكنه مؤخر عن العاصب النسبي ومقدم على ذوى الأرحام والرد على ذوى الفروض فإذا مات المعتق [بفتح التاء] وترك أبناء ومعتقاً بكسر التاء كان المال كله لإبنه ولاشيء للمعتق [بكسر التاء] لأن ابن المتوفى عصبة نسبية والمعتق عصبة سببية والنسبية مقدمة لقوتها . وإن ترك بنتاً أو اختاً شقيقة أخذت البنت أو الأخت

الشقيقة فرضها والمعتق يأخذ الباقى بطريق التعصيب ولايرد على واحدة منهما لأن العاصب السببى مقدم على الرد ذوى الفروض[١].

والمعتق يرث من معتقه ولو شرط فى عتقه أن لاولاء له عليه ثم عصبة المعتق الذكور على الترتيب الذى تقدم فى العصبات النسبية فتكون العصبة النسبية للمعتق مقدمة على السببية والمراد بالعصبة بالنسبة للمعتق ماهو عصبة بنفسه فقط . ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له فمن مات وترك مولى العتاقة ولاوارث له فالمال كله للمولى ثم بعصبته بنفسه . ومولاة العتاقة كمولى العتاقة فيما تقدم والأصل أنه ليس للنساء من الولاء إلا ماأعتقن فمن مات وترك مولاة العتاقة فالمال كله لها[٢].

وقال الإمامية أن التعصيب باطل وأن مابقى من الفرض يجب رده على صاحب الفرض القريب فلو توفى عن بنت وأخ فالتركة عندهم بكاملها للبنت وليس لأخ الميت شىء وإذا لم يكن له أولاد ذكور ولا أناث وكان له أخت أو أخوات وعم فالمال كله للأخت أو الأخوات ولاشىء للعم لأن الأخت أقرب منه والأقرب يحجب الأبعد[٣] .

ويشترك فى الميراث الأقارب من عصبة وذوى أرحام ولا يتقدم بعضهم على بعض إذا كانوا فى درجة واحدة فإن العم لأبوين لايتقدم على الخال ولا على العمة وابن العم لا يتقدم على بنت الخالة أو العمة وابن الإبن لا يتقدم على بنت البنت . والقاعدة أن كل من كان أقرب للميت درجة فهو أولى بالميراث كالإبن والأب ثم الجد والأخ وهكذا إلا فى صورة واحدة وهى ماإذا اجتمع إبن العم لأبوين مع العم لأب وكل من كان ذا قرابتين أولى من ذى قرابة واحدة فالأخ لأبوين أولى من الأخ لأب

(١) الابيانى .
(٢) قدرى باشا.
(٣) الأحوال الشخصية لمحمد جواد مغنيه .

والأخت للأبوين أولى من الأخ والأخت لأب وابن الاخ لآبوين أولى في ابن الأخ لأب وعم الميت لأبوين أولى من العم لأب هذا إذا لم يكن ذو القرابة الواحدة لأم فإنه يرث نصيبه مع الأخوة والأعمام لأبوين ومولى العتاقة وارث ويقدم عليه ذوو الأرحام والرد على ذوى الفروض ثم أقارب المعتق الذكور حسب ترتيبهم ويكون أقارب المعتق النسبية مقدمة على العصبة السببية ومولاة العتاقة كمولى العتاقة فيما تقدم وليس للنساء من الولاء إلا ما اعتقن[1].

---

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية للشيخ عبد الكريم .

الباب الثالث عشر

الحجب

الحجب : لغة المنع . تقول حجب فلان فلانا إذا منعه وتقول الأب يحجب الأخ أى يمنعه ومن هذا المعنى سمى الحاجب حاجباً لأنه يمنع الناس الدخول على الأمير. وشرعا أوفى اصطلاح الفرضيين المنع من الإرث بالكلية أو منع من قام به سبب الإرث من ميراثه بتة أو منعه من أوفر حظية .

فالمنع من الإرث بالكلية يسمى حجب حرمان وذلك ظاهر الوضوح فى العصبات فالإبن يحرم الأخ الشقيق والأخ لأب إذ أن جهة البنوة مقدمة فى ترتيب الإرث بالعصوبة على جهة الأخوة. ومنع الشخص عن أن يأخذ أكبر النصيبين مع تركه يأخذ السهم الأصغر هو مايسمى جحب النقصان. وينقسم حجب النقصان إلى أقسام كثيرة واشهر هذه الأقسام ثلاثة:

الأول : الانتقال بالوارث فى فرض أعلى إلى فرض أدنى ويتحقق هذا فيمن جعل له فرضان احدهما أقل من الآخر وذلك ثابت بالإستقراء فى خمسة من الورثة رجل واحد وأربع نساء أما الرجل الواحد فهو الزوج وفرضاه النصف والربع والذى يحجبه عن النصف إلى الربع ولد الزوجة منه أو من غيره . وأما أولى النساء فهى الزوجة وفرضاها الربع والثمن والذى يحجبها فى الربع إلى الثمن ولد الزوج منها أو من غيرها . وثانيتهن الأم وفرضاها الثلث والسدس والذى يحجبها عن الثلث إلى السدس إما ولد ابنها المتوفى وإما الإثنان فصاعداً من الأخوة أو الأخوات من أى جهة وقد تحجب إلى ثلث الباقى بسبب انحصار التركة فى الأبوين وأحد الزوجين . وثالثتهن بنت الإبن وفرضاها النصف والسدس وتحجبها

عن النصف إلى السدس البنت الصلبية الواحدة مع عدم وجود من يعصب بنت الإبن . ورابعتهن الأخت لأب وفرضاها النصف والسدس كبنت الإبن وتحجب عن النصف إلى السدس بالأخت الشقيقة الواحدة مع عدم وجود من يعصب الأخت لأب .

الثانى : الإنتقال من الإرث بالفرض إلى الإرث بالتعصيب ويتحقق هذا النوع فى شأن كل وارث له حالة يرث فيها بالفرض وحالة أخرى يرث فيها بالتعصيب والإستقراء دل على أن ذلك يكون فى أربع من النساء ممن تكون حالة انتقالهن من الإرث بالفرض إلى الإرث بالتعصيب ضرراً عليهن وهى البنت وبنت الإبن والأخت الشقيقة والأخت لأب . فكل واحدة منهن ترث منفردة النصف فرضا وإذا عصبها معصب يقل نصيب الواحدة إلى الثلث .

الثالث : الانتقال فى الإرث بالتعصيب إلى الإرث بالفرض وذلك نسبة لمن ورث هو الحد الأدنى الذى يناله بالغرض كالاب أو الجد عند عدم الاب فالأب يحوز كل التركة منفردا فإذا كان معه إبن الميت جاز السدس فقط ومن ذلك نعلم أن حجب النقصان بأقسامه الثلاثة التى ذكرناها لا يقع على جميع الورثة وإنما يقع على تسعة منهم وهم الزوج والزوجة ، والأم ، والأب ، والجدة ، والبنت ، وبنت الإبن والاخت الشقيقة ، والاخت لأب .

أما حجب الحرمان فيدخل على بعض الورثة دون بعض فأما الذين لا يدخل عليهم حجب الحرمان أصلا فهم ستة من الورثة وهم الأبوان والزوجان[1] والفرعان [الإبن والبنت] وإليك تفريعات هذا الباب

---

(١) مصدر البحث الدرة البهية للأستاذ محمد محى الدين عبد الحميد .

وهو مانص عليه الفرضيون حيث قالوا : الجد محجوب بالأب مطلقاً سواء كان يرث بالتعصيب وحده كجد فقط أو بالفرض وحده كجد مع إبن أو بالفرض والتعصيب معاً كجد مع بنت فإن الجد إذا كان معه أب فى حالاته الثلاث ورث الأب وحجب الجد بالأب .

وتسقط الجدات مطلقا بالأم سواء كن من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الجد وإن علا وهكذا يسقط إبن الإبن وكل إبن إبن نازل بإبن إبن أعلى منه .

وتسقط الأخوة من الميراث ذكوراً وإناثاً سواء كانوا لأبوين أو لأب أو لأم بالأب والجد وبالبنين وبنى البنين وإن سفلوا والبنت الصلبية وبنت الإبن تحجب أيضاً الأخوة لأم .

وإذا اجتمع بنات الميت الصلبيات وبنات الإبن وحازت البنات الثلثين بأن كن إثنتين فأكثر سقطت بنات الإبن كيف كن واحدة كن أو أكثر قربت درجتهن أو بعدت اتحدت درجتهن أو اختلفت إلا إذا وجد ذكر من ولد الإبن فإنه يعصبهن إذا كان فى درجتهن أو أنزل منهن ولا يعصب من تحته من بنات الإبن بل يحجبهن .
الأخوات لأبوين إذا أخذن الثلثين بأن كن إثنتين فأكثر تسقط معهن . الأخوات لأب كيف كن إلا إذا كان معهن أخ لأب فإنه يعصبهن. والأخت لأبوين إذا أخذت النصف فإنها لا تحجب الأخوات لاب بل لهن معها السدس .

والمحروم من الإرث بمانع من موانعه التى مرت بنا لا يحجب أحداً من الورثة إنما يعتبر كأنه غير موجود أصلا أو كالمعدوم بينما المحجوب يحجب غيره كالإثنين من الأخوة والأخوات فإنه يحجبها الأب وهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس[1]

---

(١) مصادر هذا البحث شرح الأبيانى ومتن الأحكام الشرعية لقدرى باشا . وشرح الرحبية لسبط الماردينى.

وقال الإمامية لايرث مع الأبوين ولا مع الأولاد جد ولا جدة ولا أحد من ذوى القرابة . ولا يحجب الأخوة الأم إلا بشروط أربعة أن يكون أخوين أو أخا وأختين أو أربع أخوات فما زاد لأب وأم أو لأب مع وجود الأب غير كفرة ولا رق وفى القتلة قولان أشبههما عدم الحجب وأن يكونوا منفصلين لا حملا[1].

---

(١) المختصر النافع .

الباب الرابع عشر

فى حساب مسائل الفرائض

مر بنا فى الباب العاشر بيان أصول المسائل وأن أصل كل مسألة هو أقل عدد يصح منه فرضها أو فروضها وأصول مسائل الفرائض المتفق عليها سبعة إثنان و ثلاثة وأربعة وستة وثمانية وإثنا عشر وأربعة وعشرون وهى قسمان قسم منها يعول وهو ثلاثة أصول وقسم منها لا يعول وهو الأربعة الباقية .

وعلى هذا كل مسألة فيها سدس وما بقى أصلها من ستة كأم وإبن وكأبوين وابن فأصلها من ستة وكذلك إذا كان مع السدس نصف أو ثلث أو ثلثان .

مثال ذلك:

أم	بنت	عم	أصل المسألة
١/٦	١/٢	ق	٦

وكذا

أم	ابن بنت	عم	اصل المسألة
١/٦	ق	محجوب	

وكذلك	زوج	أم	عم	أصل المسألة
	½	⅓	ق‍ى	٦

وكل مسألة فيها ربع وسدس فأصلها من اثنى عشر والأصل عبارة عن المضاعف البسيط الذى يمكن تقسيمه على مخارج الكسور وكل كسر يمثل مايصيب صاحب الفرض .

مثال ذلك	زوج	أم	إبن	أصل المسألة
	¼	⅙	ق‍ى	٦

وكل مسألة فيها ثمن وسدس فأصلها من أربعة وعشرين .

مثال ذلك	زوجة	أم	إبن	أصل المسألة
	⅛	⅙	ق‍ى	٢٤

وهذه الأصول الثلاثة وهى الستة والإثنا عشر والأربعة والعشرون هى التى يلحقها العول إن كثرت الفروض وتزاحمت وليس هنالك مسقط لبعضها من قبل البعض الآخر . ومايقصد بالعول هو زيادة من عدد سهام أصل المسألة ونقصان من مقادير الأنصباء .

الأصل الأول عول الستة : الستة تعول على توالى الأعداد إلى سبعة وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة فتعول أربع مرات الى أن تبلغ عشرة وذلك فى صورة معروفة مشهورة بأم الفروخ .

فتعول إلى سبعة فى :

زوج	أخت ش . أخت ش	أصل المسألة
½	⅔	٦
٣	٤	عالت الى ٧

أو

أم	أخ لأم . أخ لأم	أخت لأب أخت لأب	أصل المسألة
⅙	⅓	⅔	٦
١	٢	٤	٧ عولا

عول الستة إلى ثمانية :

زوج	أم	أخت لأب . أخت لأب	أصل المسألة
½	⅙	⅔	٦
٣	١	٤	٨ عولا

وبالطبع تنسب السهام بالإسم التالى للزوج ثلاثة أسهم من أصل ثمانية أسهم العائلة .

أو

زوج	أم	أخت لأب	أصل المسألة
½	⅓	½	٦
٣	٢	٣	٨ عولا

وتلقب هذه الصورة بالمباهلة وذلك لأن لإبن عباس قولين أحدهما أن للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت الباقى ولاعول . وثانيهما أن أن للزوج النصف الباقى يقسم بالسوية بين الأم والأخت ولا عول

أيضاً . وأن هذه سميت بالمباهلة لقول إبن عباس رضى الله عنهما فى شأنها إن شاءوا فلندع أبناءنا وابناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين . ولا يرى ابن عباس العول فى الفرائض أصلا .

عول الستة إلى تسعة :

زوج	أم	أخت ش	اختان لأم	اصل المسألة
١/٢	١/٦	١/٢	١/٣	٦
٣	١	٣	٢	٩ عولة

عول الستة إلى عشرة :

مات عن

زوج	أم	اختين لأم .	أخت لأم	أخت ش	اصل المسألة
١/٢	١/٦	١/٣	١/٦	١/٢	٦
٣	١	٢	١	٣	١٠ عولا

والاثنا عشر تعول ثلاث مرات على توالى الأفراد إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر .

عول الاثنا عشر إلى ثلاثة عشر :

مات عن

بنت . بنت	.	أم	زوج	أصل المسألة
٢/٣		١/٦	١/٤	١٢
٨		٢	٣	١٣ عولا

عول الاثنا عشر إلى خمسة عشر :

مات عن

إبنتين	.	زوج	.	أب	أم	أصل المسألة
٢/٣		١/٤		١/٦	١/٦	١٢
٨		٣		٢	٢	١٥

عول الاثنا عشر إلى سبعة عشر :

مات عن

أختين شقيتين	زوجة	أم	أختين لأم	أصل المسألة
٢/٣	١/٤	١/٦	١/٣	١٢
٨	٣	٢	٤	١٧ عولا

والأربعة والعشرون :

وهو الأصل الثالث من الأصول العائلة قد تعول وتلقب بالمسألة النجيلة لقلة عولها وعولها مرة واحدة بثمنها إلى سبع وعشرين .

مثال ذلك :

مات عن

زوجة	إبنتين	أب	أم	أصل المسألة
١/٨	٢/٣	١/٦	١/٦	٢٤
٣	١٦	٤	٤	٢٧ عولا

وهنالك أربعة أصول لاتعول فكل مسألة فيها نصف ونصف فأصلها اثنان كزوج واخت شقيقة وكل مسألة فيها ثلث ومابقى كأم وعم أو ثلثان ومابقى كبنتين وعم فأصلها ثلاثة ونقصد بتعبير ومابقى أى والباقى للعصبة بعد اعطاء (١/٣) لمستحقه فرضاً .

وكل مسألة فيها ربع ومابقى كزوج وابن أو ربع ونصف ومابقى كزوج وبنت عم فأصلها أربعة وكل مسألة فيها ثمن ومابقى كزوجة وابن أو ثمن ونصف ومابقى كزوجة وبنت وعم فأصلها ثمانية .

فهذه الأصول الأربعة وهى اثنان وثلاثة وأربعة وثمانية لايدخلها العول فإذا عرفت اصل المسألة فيسلك طريق التصحيح بعد ذلك .

فإذا كانت المسألة تصح فى أصلها بأن انقسم نصيب كل فريق على عدد رؤوسه فيقتصر فى القسمة على تأصيلها أى على الأصل الذى صحت منه ولايحتاج إلى تصحيح آخر .

مثال ذلك :

ثلاث زوجات .	أم .	خمسة أعمام	أصل المسألة
١/٤	١/٣	ق	١٢
٣	٤	٥	

ففى هذه المسألة صحت المسألة وصحت القسمة دون انكسار فى السهام على عدد الرؤوس أى كانت السهام منقسمة على عدد الرؤوس .

وقد تعول وتنقسم دون كسر .

مثال ذلك :

ماتت عن

زوج .	أم .	اخت ش	اصل المسألة
١/٢	١/٣	١/٢	٦
٣	٢	٣	٨ عولا

فيقال للزوج ٣ أسهم فى ثمانية وللأم سهمان فى ثمانية وللأخت الشقيقة ثلاثة اسهم من ثمانية .

ففى هذه الحالة والتى سبقتها لاتحتاج إلى ضرب بعض الرؤوس فى بعض والحاصل فى أصل المسألة . ولاتنظر بين الروؤس والسهام .

أما إذا لم تنقسم سهام كل فريق من أصل المسألة على عدد رؤوس فريقه من الورثة قسمة صحيحة من غير كسر — بأن انكسر نصيب فريق عليه أو أكثر فتتبع الطريقة التالية التى رسمها العلماء بنتيجة الإستقراء باتباع طريقة الإختصار فى العمل جهد المستطاع وذلك فى العمل بالوفق وهو طلب الموافقة بين سهام كل فريق وعدد رؤوسه وبين الرؤوس

بعضها مع بعض واضربه فى أصل المسألة وأعمل بالوفق والضرب لأن كل مسألة إذا ماضربت رؤوس فريقها بعضها فى بعض والحاصل فى أصلها صح قسمها من الحاصل . ومايسلك فى هذا الباب طريق الإختصار تفادياً من الاطالة فقد لانحتاج إلى ضرب الرؤوس بعضها ببعض عند التماثل بل نكتفى بواحد من الأعداد المتماثلة . وإليك المثال :

مات عن

٥ جدات	٥ إخوة لأم .	٥ أعمام	اصل المسألة
١/٦	١/٦	ق	٦
١	١	٤	
٥	٥	٢٠	٣٠

فنى هذه المسألة يوجد تباين بين عدد الرؤوس وسهام كل منها وتماثل بين عدد الرؤوس لكل فريق فنأخذ عدداً واحداً من الأعداد المتماثلة ونضربه فى أصل المسألة ومنها تصح .

أما إذا وقع الكسر فقط على فريق واحد وكانت السهام تباين رؤوس الفريق المنكسر عليه فأضرب عدد رؤوسه فى أصل المسألة إن لم تكن عائلة أو فى مبلغها بالعول إن عالت يحصل المطلوب .

مثال ذلك :

مات عن

أم	خمسة أعمام	أصل المسألة
١/٣	ق	٣
١	٢	٥
٥	١٠	١٥

مثال آخر :

مات عن

زوج	ثلاث أخوات لأبوين	أصل المسألة
١/٢	٢/٣	٦
٣	٤	تعول إلى
		٧
٩	١٢	٣
		٢١

وإن كانت السهام توافق رؤوس الفريق فأردد الفريق الموافق إلى وفقه وأضربه فى أصل المسألة إن كان المنكسر عليه فريقاً واحداً يحصل المطلوب مثال ذلك :

مات عن

أم	ستة أعمام	أصل المسألة
١/٣	ق	٣
١	٢	٣ الوفق
٣	٦	٩

مثال آخر لما يعول :

مات عن

زوج	عشرين أختا لأب	أصل المسألة
½	⅔	٦
٣	٤	٧ عولا
١٥	٢٠	٥ الوفق
		٣٥

أما إذا وقع الكسر على أكثر من صنف واحد بأن انكسر على كل من الفريقين أو أكثر نصيبه فانظر الفريق الذى تباينه سهامه تحفظه كاملا والفريق الذى توافقه سهامه ترده إلى وفقه وتحفظ وفقه ثم تنظر فى المحفوظين فلا تخرج حالاتهما عن أربعة أقسام فإما أن يكونا متماثلين وهم المتساويان كخمسة وخمسة وإما أن يكونا متداخلين وإما أن يكونا متوافقين وهو أن يكون بينهما موافقة بجزء من أجزاء كالأربعة والستة فإنهما متوافقان بالنصف وإما أن يكونا متباينين وهو أن لا يكون بينهما موافقة بجزء من الأجزاء كالخمسة والثمانية فإذا كان الكسر على فريقين فقط وحفظت عدد الفريق الذى باينته سهامه ووفق الفريق الذى وافقته سهامه ، فأنظر فى المحفوظين فإن كانا متماثلين فخذ احدهما وإن كانا متداخلين فخذ الزائد منهما وإن كانا متوافقين فأضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وإن كانتا متباينين فأضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر فالحاصل فى كل حالة من الحالات الأربع هو جزء السهم . فأضربه فى أصلها إن لم يكن عائلا وفى مبلغه بالمعول إن كان عائلا يحصل التصحيح وهو العدد الذى يصح منه قسم المسألة فأقسمه على الورثة كما سنبينه . وإليك الأمثلة على ذلك :

أولا : المحفوظات المتماثلات:

مات عن

أم .	خمسة أخوة لأم .	خمسة أعمام	اصل المسألة
١/٦	١/٣	ق	٦
١	٢	٣	٥
٥	١٠	١٥	٣٠

ثانيا : المحفوظات المتداخلة :

مات عن

أم	أربعة اخوة لأم	اثنا عشر عماً	أصل المسألة
١/٦	١/٣	ق	٦
١	٢	٣	٤ جزء السهم
٤	٨	١٢	٢٤

ثالثا : المحفوظات المتوافقة :

مات عن

أم	خمسة عشر أخا لأم	عشرة أعمام	أصل المسألة
١/٦	١/٦	ق	٦
١	١	٤	٣٠
٣٠	٣٠	١٢٠	١٨٠

رابعا : المحفوظات المتباينة :

مات عن

أم	ثلاثة اخوة لأم	عمين	أصل المسألة
١/٦	١/٣	ق	٦
١	٢	٣	٦ جزء السهم
٦	١٢	١٨	٣٦

وإن وقع الإنكسار على ثلاث فرق أو على أربع فرق فأنظر مابين كل فريق وسهامه وأحفظ عدد رؤوس الفريق المباين ووفق رؤوس الفريق الموافق ثم انظر المحفوظات فإن كانت كلها متماثلة فأحدها جزء السهم وإن كانت متداخلة فأكثرها جزء السهم وإن كانت متباينة فأضرب بعضها فى بعض فالحاصل جزء السهم وأن كانت كلها متوافقة أو مختلفة فأنظر فى محفوظين منها وخذ احدهما إن تماثلا وأكبرهما إن تناسباوالحاصل من ضرب احدهما فى وفق الآخران وافقا وفى جمعيه أن تباينا ثم أنظر بين ماأخذته وبين محفوظ ثالث وخذ أحدهما أو أكبرهما أو الحاصل من ضرب أحدهما فى وفق الآخر أو فى كل على ماسبق فالمأخوذ ثانيا هو جزء سهم المسألة ، إن كانت المحفوظات ثلاثة .

فإن كانت أربعة فأنظر بين ماأخذته ثانيا وبين المحفوظ الرابع وخذ احدهما أو أكبرهما أو مضروب أحدهما فى وفق الآخر أو فى كله فهو جزء سهم المسألة فأضربه فى اصلها كما تقدم يحصل التصحيح .

أمثلة :

مات عن

أصل المسألة	خمسة أعمام	خمسة أخوة لأم	خمس جدات	(ا)
٦	ق	⅓	⅙	
٥ جزء السهم	٣	٢	١	
٣٠				

جزء السهم هنا خمسة للتماثل بين عدد الرؤوس .

مات عن

أصل المسألة	عشرين عما	عشر جدات	خمسة أخوة لأم	(ب)
٦	ق	⅙	⅓	
٢٠ جزء	٣	١	٢	
١٢٠	٦٠	٢٠	٤٠	

وجزء السهم فى هذه المسألة عشرون للتداخل .

مات عن

أصل المسألة	خمسة وعشرين عما	خمسة عشر أخا لأم	عشر جدات	(ح)
٦	ق	⅓	⅙	
١٥٠	٣	٢	١	
٩٠٠	٤٥٠	٣٠٠	١٥٠	

وجزء السهم هنا مائة وخمسون للتوافق بين الرؤوس بالخمس .

مات عن

(د)	جدتين	ثلاث اخوة لأم	خمسة أعمام	أصل المسألة
	١/٦	١/٣	ق	٦
	١	٢	٣	٣٠
	٣٠	٦٠	٩٠	١٨٠

جزء السهم فى هذه المسألة ثلاثون لتباين المحفوظات (١).

وما يلحق بهذا الباب

المناسخات

والمناسخة فى الإصطلاح : أن يموت إنسان فلم تقسم تركته حتى يموت من ورثته وارث أو أكثر سميت مناسخة لأن المسألة الأولى انتسخت بالثانية أو لأن المال ينتقل فيها من وارث إلى وارث .

وطريقة المناسخة هو أن تفترض أن التركة لم تقسم بين الورثة أما إذا قسمت فتكون القضية منتهية . ولا مناسخة .

أما إذا مات إنسان ثم مات آخر من ورثة الأول قبل قسمة تركته فعليك أن تصحح مسألة الميت الأول وتعين منها سهام الميت الثانى كأنه حى . ثم تنشىء مسألة للميت الثانى مستقلة عن الأولى وتصحح مسألته وتقسم سهام هذا الميت الثانى من مسألة الأول على مسألته هو فإن انقسمت فواضح وتكون القضية قد انتهت .

---

(١) اعتمدنا فى كتابة هذا الباب على متن الرحبية وشروحها .

مثال ذلك :

ماتت عن

زوج	أم	عم	اصل المسألة الأولى
½	⅓	ع	٦
٣	٢	١	

مات

ابن	ابن	ابن	أصل المسألة الثانية
			٣

تصح المناسخة كلها من ستة لأن سهام المتوفى منقسمة على ورثته .

وان لم تنقسم سهام الثانى على مسألته فارجع الى الوفق بأن تنظر هل بين سهام الثانى ومسألته موافقة أو مباينة فإن وافقت سهامه مسألته فخذ وفق مسألته وأضربه فى المسألة السابقة وهى مسألة الميت الأول وان لم يكن بين سهام الميت الثانى وبين مسألته موافقة بأن تباينا فاضرب مسألته جميعها فى السابقة يحصل فى الحالين تصحيح المناسخة .

مثال ذلك :

ماتت عن

زوج	أم	عم	أصل المسألة الأولى
١/٢	١/٣	قى	٦
٣	٢	١	
مات عن	٤	٢	

٦ ↓ — أصل المسألة الثانية ٦

ابن ابن ابن ابن ابن ابن

بين سهام الميت الثانى وتصحيح مسألته موافقة بالثلث أى ٢ × ٦ المسألة الأولى تصحيح المناسخة ١٢ .

الفصل الخامس عشر

فى العول والرد

العول فى اللغة يستعمل بمعنى الميل إلى الجور يقال فلان يعول أى يميل جائراً وبمعنى الغلبة يقال فلان عيل صبره أى غلب وبمعنى الإرتفاع يقال عال الميزان إذا ارتفع. وفى اصطلاح الفقهاء هو زيادة فى عدد سهام ذوى الفروض ونقصان من مقادير أنصبائهم من التركة ولا يتأتى العول إلا إذا زادت سهام أصحاب الفروض على مأخذ التركة كما إذا وجد فى الورثة من يستحق النصف ومن يستحق الثلثين .

وأول من حكم بالعول سيدنا عمر بن الخطاب فأنه وقع فى عهده صورة ضاق مأخذها عن فروضها فشاور أصحابه فيها وأشار سيدنا العباس إل العول فقال أعيلوا الفرائض فتابعوه على ذلك ولم ينكره أحد إلا عبد الله بن عمر بعد موت أبيه فقيل له هلا أنكرته فى زمن أبيك فقال هبته وكان مهيباً وسأله رجل كيف تصنع بالفريضة العائلة فقال الضرر على من هو أسوأ حالا وهن البنات والأخوات فأنهن ينقلن من فرض مقدر إلى فرص غير مقدر فقال الرجل ما تغنيك فتواك شيئاً فإن ميراثك يقسم بين ورثتك على غير رأيك فغضب وقال لم يجعل الله فى مال نصفاً وثلثين[1] .

وقد تقدم الكلام على أصول المسائل وما يعول منها وما لا يعول وذلك فى حساب الفرائض فليرجع إليه .

---

(١) الأبيانى .

وعند الإمامية لا عول فى الفرائض لاستحالة أن يفرض الله فى مال مالا يفى بل يدخل النقص على البنت أو البنتين أو على الأب أو من يتقرب به(١) .

وقد جاء فى فقه الإمامية إذا زادت سهام أصحاب الفروض فى تركة ميت على مخرج التركة فلا يدخل النقص فى مقادير أنصباء الجميع بل يختص النقص ببعضهم فإن الزوج والزوجة وكلالة الأم لا يدخل عليهم النقص والأب والأم لا ينقصان عن السدس فإذا ماتت الميتة عن زوجها وشقيقتيها فللزوج نصفه كاملا والنصف الباقى للاختين والنقص عليهما خاصة وإذا كان معهم أم فالنصف للزوج والنصف الآخر للأم بالفرض والرد ولا شىء للاختين مع الأم وإذا كان معهم أخ لأم بدل الأم فلا يدخل النقص على كلالة الأم فيأخذ الزوج النصف والأم لأم السدس والباقى للاختين الشقيقتين وإذا مات عن الزوجة وشقيقتين وأم سواء كان معهم أخ لأم أو لم يكن فللزوجة الربع والباقى للام بالفرض والرد ولاشىء للاخوات ولا للاخ من الام وإذا مات عن الزوجة وبنتين وأبوين فللزوجة الثمن وللابوين السدسان والباقى للبنتين(٢)

الرد : ضد العول وهو عبارة عن عدم إستغراق أصحاب الفروض لتركة الميت بل بقاء جزء منها معلق غير عائد لوارث لعدم وجود مستحق له ممن يرتبطون مع الميت بنسب وذلك لان أصحاب الفروض قد أخذ كل واحد منهم حقه لذلك أفتى جمهور الصحابة برد الباقى على ذوى الفروض النسبية أو على هذا عرف الفقهاء الرد بأنه صرف الباقى من الفروض إلى ذوى الفروض النسبية بقدر فروضهم عند عدم العاصب ويؤخذ من هذا التعريف أنه لا يرد على الزوجين لانهما ليسا من أصحاب الفروض

---

(١) المختصر النافع .

(٢) الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية.

النسبية بل من أصحاب الفروض السببية ولا يتأتى الرد إلا إذا وجد أمران :

الاول — أن تكون الفروض الموجودة معنا فى المسألة غير مستغرقة للتركة .

الثانى — أن لا يكون هنالك عاصب إذ لو وجد هنالك عاصب لأخذ ما أبقته أصحاب الفروض .

وأصحاب الرد من الورثة ثمانية واحد من الذكور وهو الأخ لأم وسبعة من الأناث وهن البنت وبنت الإبن وإن نزل أبوها والأخت الشقيقة والأخت لأب والأخت لأم والأم والجدة الصحيحة سواء كانت من قبل الأب كأم الأب أو من قبل الام ولا فرق بين أن يكون أحد الثمانية المذكورين واحداً أو متعدداً ما عدا الام فإن تعددها غير متأت فى الحقيقة .

ومسائل الرد أقسام أربعة :

الاول : وجود صنف واحد وهم كل الورثة وعدم وجود مما لا يرد عليه معهم أى [عدم وجود أحد الزوجين مع الورثة] وذلك كما إذا توفى شخص وترك ثلاث بنات أو ثلاث أخوات شقيقات أو ثلاث أخوات لأم وحينئذ تقسم التركة فى هذه الحالة على عدد رؤوسهم وتصح المسألة من ثلاث لكل واحدة منهن سهم .

الثانى : أن يكون فى الورثة صنفان أو ثلاثة ممن يرد عليهم ولا وجود [لاحد الزوجين معهم] وهو الصنف الذى لا يرد عليه وحينئذ تقسم التركة من مجموع سهامهم إذا كان فيها سدسان كجدة واخت لام فتقسم من إثنين لكل منهما نصف المال وتقسم من ثلاثة إذا كان فيها ثلث وسدس كأخوة لام وأم فللاخوين الثلثان وللأم الثلث .

وتقسم من أربعة إذا كان فيها نصف وسدس كبنت وبنت ابن فللبنت ثلاثة أسهم وهو النصف ولبنت الإبن السدس تكملة الثلثين وهو سهم واحد وتصح من أربعة فرضاً ورداً .

الثالث : وجود صنف واحد ممن يرد عليه فقط مع أحد الزوجين وهو ممن لا يرد عليه وما بقى يختص به من يرد عليه فرضاً ورداً كإذا توفى شخص عن زوجة وبنت فللزوجة الثمن سهم من ثمانية وما بقى للبنت فرضاً وردا .

الرابع : وجود صنفان أو أكثر ممن يرد عليه ووجود من لا يرد معهم ففى هذه الحالة يقضى من لا يرد عليه نصيبه وما بقى يقسم على سهام من يرد عليه كزوجة واختين لأم وجدة . يعطى للزوجة الربع والثلاث أسهم أسهمان للاختين لام وسهم للجدة .

هذه خلاصة للرد وأحكامه وقد أخذت الحنفية والحنابلة بما اتجه إليه جمهور الصحابة وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه أخذ عروة والزهرى ومالك والشافعى والمحققون من أصحاب الشافعى قالوا لو إندرس بيت المال يرد الفاضل على ذوى الفروض بنسبة فرائضهم ولا يكون لبيت المال[1] .

أما عند الإماميـــة فيرد فاضل التركة على ذوى السهام عدا الزوج والزوجة والأم مع وجود من يحجبها على تفصيل [2] .

وقال الإمامية : يرد الفاضل على كل ذى فرض بحسب سهمه إذا لم يوجد قريب فى مرتبته أما إذا وجد فيأخذ ذو الفرض فرضه والباقى للقريب كأم وأب تأخذ الأم نصيبها المفروض والباقى للأب . وإذا وجد

---

(١) كان مصدر البحث شرح الأبيانى وما علق فى الذهن من كتب الفقه الحنفى .

(٢) المختصر النافع .

ذو الفرض مع من هو فى غير مرتبته فى الأقارب أخذ ذو الفرض فرضة وره الباقى عليه . كأم وأخ للام الثلث بالفرض والباقى يرد عليها .

ولا شيء للاخ . لأنه فى المرتبة الثانية . الامامية لايردون على ولدا كأم إذا اجتمعوا مع ولد الأب فإذا ترك الميت أختا لأم وأختا لأب فللاولى السدس وللثانية النصف ومابقى يرد على الأخت لأب ويرد على ولد الأم إذا لم يكن غيرهم فى مرتبتهم كما لو ترك الميت اختا لأم وعما لأب فالمال كله لها دونه لأنه مرتبة ثالثة وهى مرتبة ثانية. وأيضاً لايرد الامامية على الأم مع وجود مايحجبها عما زاد عن السدس فلوكان للميت بنت وأبوان وأخوة يحجبونها فى الثلث على الأب والبنت والأم على حساب سهامهم الإمامية على الزوج دون الزوجة إذا لم يكن وارث غيرهما [1]

وأصحاب الرد عند الامامية فى الورثة ثمانية اثنان من الذكور وهما الأب والأم لأم إذا لم يكن معه أم أواخت للابوين أو للأب وستة من الإناث وهن بنت الصلب وبنت البنت والأخت لأبوين والأخت لأب والأخت لأم والأم وأما الجدة وبنت الابن فميراثهما بالقرابة لا بالفرض [2]

---

(١) الأحوال الشخصية محمد جواد مغنيه .

(٢) الأحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم رضا .

الفصل السادس عشر

فى مسائل متنوعه

القسم الأول

فى توريث الحمل والورثة الموجودين معه

لاخلاف بين فقهاء الحنفية فى توريث الحمل وإنما الخلاف بينهم فيما يوقف له فقال أبو حنيفة يوقف له فى التركة نصيب أربعة بنين أو نصيب أربع بنات أيهما أكثر ويعطى لبقية الورثة أقل الأنصباء وذلك للاحتياط فإن شريكا النخعى قال رأيت بالكوفة لأبى اسماعيل أربعة بنين فى بطن واحد ولم ينقل عن المتقدمين أمرأة ولدت أكثر فى ذلك فاكتفتابه وقال محمد يوقف للحمل نصيب إبنين أو بنتين أيهما أكثر لأن ولادة أربعة فى بطن واحد غاية فى الندرة فلا يبنى الحكم عيه بل على ما يعتاد فى الجمله وهو ولادة أثنين — وقال أبو يوسف يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر وهذا هو الأصح وعليه الفتوى وذلك لأن المعتاد والغالب أن لاتلد المرأة فى بطن واحد الا ولدا واحد فيبنى الحكم عليه (١) . ويؤخذ من هذا أن قسمة التركة لا تتوقف على الولادة بل تقسم بين الورثة ويوقف للحمل نصيبه الذى هو أكثر هذا لوكان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فلو كان يحجبهم حجب حرمان وقف الكل — ويؤخذ الكفيل من الورثة فى صورة القسمة فيما إذا كان سيتغير ما أخذوه. ويرث الحمل إن وضع حيا أو خرج أكثره حيا فمات لا أن خرج أقله فمات الا إن خرج بجناية فإنه يرث ويورث فإذا ظهر الحمل فإن

---

(١) الأبيانى.

كان مستحقا جميع الموقوف فيها وإن كان مستحقا للبعض يأخذ ما يستحقه والباقى يعطى لكل وارث ما كان موقوفاً من نصيبه[١] وما يشترط للحكم بتوريث الحمل شرطان الأول أن يعلم أنه كان موجوداً فى بطن أمه فى الوقت الذى مات فيه مورثه والثانى أن ينفصل الحمل من بطن أمه حياً وعند الحنفية انفصال أكثره حياً كانفصال كله حيا لأن الأكثر يعطى حكم الكل فى الشريعة الإسلامية فى مسائل كثيرة فكذا هذا . والقاعدة العامة أن يوقف له نصيبه إذا كان وارثا على تقدير دون تقدير ويوقف له خير النصيبين إن كان يختلف أرثة على بعض التقديرات ويعطى الذين معه فى الورثة أقل الحظين[٢] .

وعند الامامية . الحمل يرث ان سقط حياً وتعتبر حركة الأحياء كالإستهلال والحركات الإرادية دون التقلص . ويوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطاً ولو كان ذوو فرض أعطو النصيب الأدنى ويرث دية الجنين أبواه ومن يتقرب بهما أو بالأب[٣] .

القسم الثانى
فى توريث المفقود وإرثه

المفقود من انقطع خبره ولا يدرى حياته ولا موته وتعتبر بحكم قاعدة الاستصحاب حياً حتى يتأكد من موته .

لذلك إذا مات أحد مورثيه فيوقف نصيب المفقود من تركة ذلك الميت الذى يصيبه الأرث منه ثم ينظر فإن كان المفقود ممن يحجب الحاضرين حجب حرمان لم يصرف لهم شىء بل يوقف المال كله وإن لا يحجبهم حجب حرمان يعطى لكل واحد منهم الأقل من نصيبه على

---

(١) قدرى باشا.

(٢) الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية .

(٣) المختصر النافع .

على تقدير حياته ومماته فإذا حكم بموته فماله لورثته الموجودين عند الحكم بموته ولا شيء لمن مات منهم قبل الحكم بذلك لأن شرط التوريث بقاء الوارث حياً بعد موت المورث وما كان موقوفاً لأجله من مال مورثه يرد إلى ورثة مورثه وإن ظهرت حياته استحق ما كان موقوفا لأجله من مال مورثه .

وهذه الأحكام مردها الفقه الحنفي (١) .

وعند الامامية (٢) يجب التربص في تقسيم أمواله حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها وتختلف هذه المدة باختلاف الزمان والمكان ومتى حكم القاضي بموته ورثه ورثه الأولى بميراثه عند الحكم لا من مات من أقاربه قبل ذلك . وإذا مات قريب لهذا المفقود حال الغيبة المنقطعة وجب أن يعزل نصيبه مستقلا ويكون كسائر أمواله حتى يتبين الأمر أو يحكم القاضي بموته بعد مدة الانتظار .

القسم الثالث

في كيفية توريث الخنثى !

قد تتعارض العلامات الفارقة لإنسان خلق ولم تتميز ذكورته من أنوثته فإنسان هذا وصفه يسمى الخنثى المشكل أما إن ظهرت علامات الذكورة فيه كأن خرجت له لحية بعد بلوغه أو وصل إلى امرأة أو احتلم كما يحتلم الرجل فيكون حكمه حكم الرجال وإذا ظهر له ثدي أو در ثديه أو حبل أو أتى كما يؤتى النساء فامرأة وان كان له آلتا رجل أو امرأة فبال من عضو الرجولة فغلام وإن بال من عضو الأنوثة فأنثى وان لم تظهر عليه أي علامة فمشكل وله حينئذ في الميراث آخر الحالين فلو مات أبوه وترك معه إبنا واحداً فللابن سهمان وللخنثى سهم لأنه الآخر ومرد هذا الحكم الفقه الحنفي (٣).

---

(١) قدري باشا .

(٢) الأحوال الشخصية محمد جواد مغنيه.

(٣) قدري باشا .

وجاء فى فقه الامامية : من له فرج الرجال والنساء يعتبر بالبول فمن أيهما سبق يورث عليه فإن بدر منهما ، قال الشيخ يورث على الذى ينقطع منه أخيراً وفيه تردد وان تساويا قال فى الخلاف يعمل فيه بالقرعة وقال المفيد وعلم الهدى تعد أضلاعه . وقال فى النهاية والايجاز والمبسوط يعطى نصف ميراث رجل ونصف امرأة وهو أشهر ولواجتمع مع الأنثى[1] ذكر وانثى قيل لذكر أربعة وللخنثى ثلاث وللانثى سهمان. ومن ليس له فرج النساء ولا الرجال يورث بالقرعة[2].

القسم الرابع

فى كيفية توريث الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى

إذا جهل أمر من توفى قبل صاحبه بأن ضمت ذوى القربى سفينة غرقت أو أظلهم سقف تداعى عليهم أو قتلوا فى معركة أو حرقوا بحادث ففى هذه الحالة لاتوارث بينهم إذا كانوا ممن يرث بعضهم بعضا لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ويقسم مال كل منهم على ورثته الأحياء .

هذا هو رأى الفقه الحنفى فى أمر هؤلاء[3].

أما فى فقه الامامية فلا توارث بين الحرقى والقتلى والذين ماتوا حتف انفهم واشتبه الحال فى المتقدم والمتأخر إذا كانوا ممن يرث بعضهم بعض لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ويقسم مال كل منهم على ورثته الأحياء. أما الغرقى والهدمى فيرث بعضهم بعضا فى صلب المال وتالده دون طارفه الذى حصل له من صاحبه الغريق أو المهدوم عليه معه[4].

القسم الخامس

ولد الزنا وولد اللعان

هؤلاء يرثان الأم وقرابتها وترث هى وقرابتها منهما ولايرث الأب ولاقرابته منهما .

---

(١) هكذا جاء فى الأصل والأصح على مايظهر مع الخنثى.   (٢) المختصر النافع .

(٣) قدرى باشا.   (٤) الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية .

وفى فقه الإمامية : ولد الزنا لاترثه أمه ولاغيرها من الأنساب ويرثه ولده وإن نزل والزوج أو الزوجة ولو لم يكن أحدهم فميراثه للامام. وقيل ترثه امه كابن الملاعنة[١].

القسم السادس

التخـــارج

يعرف التخارج بأنه مصالحة الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم سواء كان هذا الشيء من التركة أو من غيرها وهو جائز عند التراضى. وكيفية القسمة على الموجودين أن تطرح سهام من أخرج من التصحيح وتجعله كأنه استوفى نصيبه ثم تقسم باقى التركة على سهام من بقى منهم كمن ماتت وتركت زوجا وأما وعما فالمسألة من ستة النصف للزوج والثلث للأم والباقى للعم فصالح الزوج عن نصيبه على مافى ذمته للزوجة من المهر فيقسم باقى التركة وهو ماعدا المهر بين الأم والعم: ثلاثا سهمان للام وسهم للعم[٢].

ولقد جاء فى الأحكام الجعفرية نظير النص المثبت فى الفقه الحنفى .

---

(١) المختصر النافع .

(٢) شرح الأبيانى مع المتن .

الباب السابع عشر

فى ذوى الأرحام وكيفية توريثهم

ذو الرحم فى اللغة صاحب القرابة مطلقا سواء كان صاحب فرض أو عصبة أو لم يكن فكل من لم يكن من هذين القسمين ممن يرتبط إلى الميت بوشيجة النسب يعتبر من ذوى الأرحام . وقد عرفنا مما تقدم من هم أصحاب الفروض كما عرفنا من هم العصبات . فالقسم الثالث الذين هم من متعلقات المتوفى بسبب النسب هم ذو و الأرحام وتعريف هذا المصطلح عند الفرضيين هو كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة . وكان يرى توريث ذوى الرحم جمهرة من الصحابة كعمر وعلى وابن مسعود ومعاذ بن جبل و تابعهم كثير من التابعين كعلقمة وشريح وابراهيم والحسن وابن سيرين وبه قال أبو حنيفة وتبعه أصحابه لقوله تعالى « واولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله» إذ معناه أولى بميراث بعض فيما كتب الله تعالى وحكم به . والآية نسخت التوريث بالموالاة فما كان لمولى الموالاة والمؤاخاة صار مصروفا إلى ذوى الأرحام ومابقى عند الحنفية من ارث مولى الموالاة صار متأخراً عن ارث ذوى الأرحام .

وذوو الأرحام فى الارث اصناف أربعة :

الصنف الأول : ينتسب إلى الميت وهم أولاد البنات وإن سفلوا ذكوراً كانوا أو إناثا وأولاد بنات الابن .

الصنف الثانى : ينتمى إليهم الميت وهم الأجداد الساقطون أى

الفاسدون وإن علوا كأب أم الميت وأب أب امه والجدات الساقطات وإن علون كأم أب أم الميت وأم أم أب الميت .

الصنف الثالث : ينتمى إلى أبوى الميت وهم أولاد الأخوات وإن سفلوا سواء كانت تلك الأولاد ذكورا أو اناثا وسواء كانت الأخوات لأب وأم أو لأب أو أم وبنات الأخوة وإن سفلن سواء كانت الاخوة من الأبوين أو من أحدهما وبنو الاخوة لأم وإن سفلوا .

الصنف الرابع : ينتمى إلى جدى الميت وهما أب الأب وأب الأم أو جدتيه وهما أم الأب وأم الأم وهم العمات على الإطلاق فإنهن أخوات لأب الميت والأعمام لأم فإنهم أخوة لأبيه من أمه والأخوال والخالات فانهن أخوة وأخوات لأم الميت فالمذكورون فى أمثلة الأصناف الأربعة وكل من يدلى إلى الميت بهم من ذوى الأرحام والمراد بمن يدلى بهم ما يتناول من علوا ومن سفلوا فى الأصناف الثلاثة السابقة ويتناول أولاد الصف الرابع دون من يعلو من الأعمام المذكورة والعمات والخالات والاخوال كعمومة أبوى الميت وخئولتهما مع أنهم من ذوى الارحام والمفتى به فى المذهب الحنفى أن أقرب الاصناف وأقدمهم إلى الميت فى الميراث الصنف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع كترتيب العصبات إذ يقدم منهم الابن ثم الأب ثم الجد ثم الاخوة ثم الاعمام [١]

---

(١) موسوعة جمال فى الفقه الاسلامى الجزء الرابع .

(كيفية توريث ذوى الأرحام)

الصنف الأول : أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة كبنت البنت فانها أولى بالميراث من بنت بنت الابن فان إستووا فى الدرجة بأن يدلوا كلهم إلى الميت بدرجتين أو ثلاث درجات مثلا فولد الوارث أولى من ولد ذى الرحم كبنت بنت الابن فإنها أولى من ابن بنت البنت فإن استوت درجاتهم فى القرب ولم يكن فيهم مع ذلك الاستواء ولد وارث كبنت ابن البنت وابن بنت البنت أوكانوا كلهم يدلون بوارث كابن البنت وبنت البنت فيعتبر ابدان الفروع المتساوية فى الدرجات المذكورة ويقسم المال عليهم باعتبار حالة ذكورتهم وأنوثتهم أعنى إن كانت الفروع ذكوراً وأناثاً فقط تساووا فى القسمة وإن كانوا ذكوراً واناثاً فللذكر مثل حظ الإنثيين هذا إن اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والأنوثة وإن اختلفت صفة الأصول فى الذكورة والانوثة كبنت ابن بنت وابن بنت بنت قسم المال على أول بطن اختلفت بالذكورة أو الانوثة وهو هنا البطن الثانى وهو ابن بنت وبنت بنت فتعتبر صفة الأصول فى البطن الثانى فى هذه الصورة فيقسم عليهم اثلاثا ويعطى كل من الفروع نصيب أصله فحينئذ يكون ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت لانه نصيب أمه (١) .

الصنف الثانى: وهو الساقطون من الاجداد والجدات أولاهم بالميراث أقربهم للميت من أى جهة كان سواء كان الأقرب من جهة الأب أومن جهة الأم مثاله مات عن أم أبى أم وأبى أبى أم أم كان المال كله لأم أبى الأم لقربها ولا فرق بين كونه مدليا بوارث أو بغير وارث ولا بين كونه ذكراً أو أنثى وان استوت درجاتهم فإما أن يكون بعضهم مدليا بوارث أوكلهم يدلون به أو كلهم لا يدلون به ففى الاول لا يقدم المدلى بوارث على غيره (٢) .

---

(١) قدرى باشا. (٢) المصدر السابق.

بخلاف الصنف الأول مثاله مات عن أب أم الأم وأب أب الأم فهما سواء وإن كان الأول مدلياً بالجدة الصحيحة أعنى أم الأم والثانى بالجد الفاسد أعنى أبا الأم وفى الآخرين كأب أم أب وأب أم أم وكأب أب أم وأم أب أم فإما أن تختلف قرابتهم أى بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم كالمثال الأول وإما أن تتحد كالمثال الثانى فإن اختلفت قرابتهم فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم كأنه مات عن أب وأم ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على أول بطن وقع فيه الخلاف وكذا ما أصاب قرابة الأم وان لم يختلف فيهم بطن فالقسمة على أبدان كل صنف . وان أتحدت قرابتهم أى كلهم من جانب الأم أو الأب فإما أن تتفق صفة من أدلوا به فى الذكورة والأنوثة أو تختلف فان اتفقت الصفة اعتبرت أبدانهم وتساووا فى القسمة لو كانوا ذكورا فقط أو أناثاً فقط. وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين وان اختلفت الصفة فالقسمة على أول بطن اختلفت للذكر ضعف الأنثى[1] .

الصنف الثالث : وهم أولاد الاخوات مطلقاً وبنات الأخوة مطلقاً وبنو الاخوة لأم الحكم فيهم كالحكم فى الصنف الأول أعنى أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ولو أنثى فبنت الأخت أولى من إبن بنت الأخ لأنها أقرب فإن إستووا فى القرب فولد العصبة أولى من ولد ذى الرحم كبنت ابن أخ وابن بنت أخ كلاهما لأبوين أو لأب أوأحدهما لأبوين والآخر لأب المال كله لبنت ابن الأخ لأنها ولد العصبة وإن استووا فى القرب وليس فيهم ولد العصبة كبنت بنت الأخ وابن بنت الأخ أو كان كلهم أولاد العصبات كبنتى ابن أخ لأبوين أو لأب أو بعضهم أولاد العصبات وبعضهم أولاد أصحاب الفرائض كبنت أخ

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

لأبوين أو لأب وبنت أخ لأم أو كان كلهم أولاد أصحاب فرائض كبنات أخوات متفرقات يقسم المال على الأصول أى الأخوة والأخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول فما أصاب كل فريق يقسم بين فروعه كما فى الصنف الأول[١] .

الصنف الرابع : وهم الذين ينتمون إلى جدى الميت أو جدتيه وهم العمات على الأطلاق والأعمام لأم والأخوال والخالات مطلقاً إذا اجتمعوا وكان حيز قرابتهم متحداً بأن يكون الكل من جانب واحد كالعمات والأعمام لأم فإنهم من جانب الأب ، والأخوال والخالات فإنهم من جانب الأم فالأقوى منهم فى القرابة أولى أعنى من كان لأبوين أولى ممن كان لاب ومن كان لاب أولى ممن كان لأم ذكوراً أو أناثا وإن كانوا ذكوراً واناثا واستوت قرابتهم فى القوة فللذكر مثل حظ الأنثيين كعم وعمة كلاهما لأم أو خال وخالة كلاهما لأبوين أو لأب أو لأم وإن كان حيز قرابتهم مختلفا فلا اعتبار بقوة القرابة[٢] ويكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم كعمة لأب وأم وخالة لأم ثم ما أصاب كل فريق من قرابتى الأب والأم يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم .

والحكم فى أولاد الصنف الرابع كالحكم فى الصنف الأول أعنى أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة من أى جهة كان فإن استووا فى القرب إلى الميت وكان حيز قرابتهم متحداً بأن تكون قرابة الكل من جانب الأم ممن كان له قوة القرابة فهو أولى أعنى من كان أصله لأبوين فهو أولى ممن كان أصله لاب فإن استووا فى القرب بحسب الدرجة وفى القرابة بحسب القوة وكان حيز قرابتهم متحداً بأن كان الكل من جهة الاب أو من جهة الام فولد العصبة أولى كبنت العم وابن العمة كلاهما لابوين

---

(١) الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا. (٢) المصدر السابق.

أو لأب المال كله لبنت العم لانها ولد العصبة وإن استووا فى القرب ولكن اختلف حيز قرابتهم بأن كان بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم فلا إعتبار هنا لقوة القرابة ولا لولد العصبة ويكون الثلثان لمن يدلى بقرابة الأب والثلث لمن يدلى بقرابة الأم .

والأحكام المتقدمة المتعلقة بميراث ذوى الأرحام تنزع كلها مع تفريعاتها إلى المفتى به من الفقه الحنفى .

ويرى الامام مالك وبعض علماء الفقه المالكى أنه لا إرث لذوى الأرحام وأن بيت المال يرث المال عصوبة إذا لم يوجد ذو فرض ولاعاصب . يقول خليل : أن من يلى العاصب من النسب والولاء هو بيت المال ولا يدفع لذوى الأرحام بل مافضل لبيت المال كما إذا لم يوجد ذو فرض ولا عاصب ويقول الدردير وإن لم يكن بيت المال منتظما . ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد . وعمدة مالك فى عدم إرث ذوى الأرحام أن الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الأصل أن لايثبت فيها شىء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسألة ويرى متأخرو مذهب المالكية بعد المائتين توريث ذوى الأرحام لعدم انتظام بيت المال ومرتبتهم فى الارث تلى الرد(١).

ويعرف فقهاء الشافعية ذوى الارحام بأنهم من ليسوا من أصحاب الفروض ولا العصبات وهم أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين كأبى أبى الأم وأم أبى الأم وهؤلاء صنف وأولاد البنات ذكوراً وأناثا ومنهم أولاد بنات الابن وبنات الأخوة مطلقا وأولاد الأخوات مطلقا وبنو الأخوة للأم وبناتهم والعم للأم وبنات الأعمام والعمات والأخوال

---

(١) موسوعة جمال فى الفقه الاسلامى . الجزء الرابع .

والخالات والمدلون بهم عدا أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين لأن الأم تدلى بهم وهى ذات فرض .

وجاء فى المهذب أنه إذا لم يكن للميت وارث انتقل المال ميراثا للسلمين إن كان لهم إمام عادل فان لم يكن إمام عادل ففيه وجهان أحدهما أنه يرد على هل الفرض فإن لم يكن أهل الفرض ولا عاصب قسم على ذوى الأرحام على مذهب أهل التنزيل والثانى وهو المذهب أنه لا يرد على أهل السهام ولا يقسم على ذوى الأرحام وقد وضح صاحب نهاية المحتاج ذلك فقال أصل المذهب أنه لا يرث ذوو الأرحام لما صح من أنه صلى الله عليه وسلم أستفتى فيمن ترك عمته وخالته لا غير فرفع رأسه إلى السماء فقال اللهم رجل ترك عمته وخالته لا وارث عيرهما ثم قال أين السائل . فقال ها أنذا قال . لا ميراث لهما وقد اعتضد به الخبر المرسل أنه صلى الله عليه وسلم ركب إلى قباء يستخير الله فى العمة والخالة فأنزل الله لاميراث لهما . قال صاحب المنهاج وأفتى المتأخرون من الأصحاب وهو الأصح كما فى الروضة والصحيح ، عند المحققين كابن براقة وصاحب الحاوى والقاضى حسين والمتولى وغيرهم بأنه إذا لم ينتظم أمر بيت المال ولم يوجد ذو فرض يرد عليه صرف المال إلى ذوى الأرحام إرثاً لخبر (الخال وارث من لاوارث له) وإذا صرف إليهم فالأصح تفهيمهم .

وقالوا فى كيفية تورثهم الأصح فى إرثهم مذهب اهل التنزيل وهو ينزل كل فرع منزلة أصله الذى يدلى به إلى الميت فيجعل ولد البنت والآخت كأمهما وبنتا الأخ والعم كأبيهما والخال والخالة كالأم والعم للام والعمة كالأب[1] .

---

(١) موسوعة جمال فى الفقه الاسلامى الجزء الرابع .

فقه الامامية فى ذوى الأرحام

يعتبر الامامية أن المرتبة الثالثة من مراتب الوارثين بالنسب[القرابة] الأعمام والأخوال يقول صاحب الروضة ، ميراث الأعمام والأخوال وأولادهم وهم أولو الأرحام إذلم يرد على إرثهم فى القرآن نص بخصوصهم وإنما دخلوا فى آية أولى الأرحام وإنما يرثون مع فقد الأخوة وبينهم والأجداد فصاعداً على الأشهر فى الوارثين بالقرابة ونقل من الفضل أنه لو خلف خالاً وجدة لأم أقتسما المال نصفين ثم قال والعم المنفرد يرث المال وكذا العمة ولو اجتمع الأعمام والعمات اقتسموا المال بالسوية إن كانوا لأم وإلا فللذكر مثل حظ الأنثيين وللأخوال مع الانفراد المال بالسوية. ولو اجتمع الأخوال والأعمام فللأخوال الثلث وللاعمام الثلثان . وكل أولاد بطن أقرب من البطن الابعد وأولاد كل يقومون مقام أبيهم ويأخذ كل نصيب من يتقرب به واحداً كان أو أكثر .وحكم أولاد العمومة والخؤولة مع الزوج والزوجة حكم آبائهم يأخذ من يتقرب بالأم ثلث الأصل والزوج نصيبه الأعلى ومايبقى لمن يتقرب بالأب ولايرث الأبعد مع الاقرب فى الاعمام والاخوال وإن لم يكن من صفته فلا يرث إبن الخال ولو للأبوين مع الخال ولو للأم[(١)].

انتهى والحمد لله أولا وآخراً ؟

---

(١) المصدر السابق .

الفهرس

صفحة

مقدمة تاريخية عن أحكام الأحوال الشخصية فى العراق
« كيف تطورت وإلى أين إنتهت » ١
تشكيلات المحاكم الشرعية بعد الاحتلال وفى الحال الحاضرة . ٣
بم يحكم القضاة الشرعيون فى الفترة الواقعة بين ١٩١٧ إلى ١٩٥٩ ٥
مفهوم الاحوال الشخصية ٦
خطة مشروع القانون وروافده ٨
مقدمة القانون ١٠
تنازع القوانين من حيث المكان ١١

الباب الأول

الزواج والخطبة

أركان العقد وشرروطه

الفصل الاول

الاهلية ١٧

الفصل الثانى

أركان العقد وشروطه ٢٥
ما يشترط فى صيغة العقد ٢٨
إقتران صيغة الزواج بالشرط ٢٩
شروط صحة الزواج ٣٢
شرائط اللزوم ٣٧

صفحة

الفصل الثالث

تسجيل عقد الزواج وإثباته ٣٩

الباب الثانى

المحرمات وزواج الكتابيات ٤٣

الباب الثالث

الحقوق الزوجية وأحكامها

الفصل الأول

المهر ٥٣

الفصل الثانى

نفقة الزوجة ٦٣
تعليقات حول أحكام النفقة الزوجية فى قوانين البلاد العربية ٧٩

الباب الرابع

إنحلال عقد الزواج

الفصل الأول

الطلاق ٨١
نظرة إجمالية فى أحكام الطلاق العامة فى قوانين البلاد العربية ٩٧

الفصل الثانى

التفريق للضرر والشقاق ٩٨

صفحة

نظرة عامة فى قوانين البلاد العربية المشرعة بما يتعلق فى التفريق للضرر والشقاق ١٠٢

الفصل الثالث

التفريق للعيب ١٠٣

الفصل الرابع

التفريق لعدم الانفاق ١٠٦

الفصل الخامس

التفريق الاختيارى (الخلع) ١٠٨

الباب الخامس

فى العدة ١١٣

الباب السادس

الولادة ونتائجها

الفصل الأول

فى النسب ١٢٢

الاقــــرار بالوارث ١٢٥

أحكام النسب فى تشريعات الدول العربية ١٢٨

الفصل الثانى

فى الرضاع والحضانة ١٣٠

الحضانة فى تشريعات البلاد العربية ١٣٧

صفحة

الباب السابع

نفقة الفروع والأصول والاقارب . . ١٣٩

الباب الثامن

فى الوصاية

الفصل الاول

الوصية ١٤٦

الفصل الثانى

الايصاء ١٦١

الفصل الثالث

إنتهاء الوصاية ١٦٧

بعض الاحكام الخاصة فى الموصى إليه فى فقه الامامية . ١٧٠

نظرة فى تشريعات أحكام الوصية فى البلاد العربية . . ١٧١

الباب التاسع

فى أحكام الميراث

الفصل الاول

فى إيضاح ماأثبته القانون

فى مواد ضمن هذا الباب ١٧٥

— أركان الميراث ١٧٦

صفحة

الفصل الثانى

فى موانع الإرث ١٨٤

الباب العاشر

فى أصحاب الفروض وبيان فروضهم . . . ١٨٧

الفصل الأول

النسب بين الأعداد وأصول المسائل ١٨٩

الفصل الثانى

فى بيان من يستحق الفروض

المقدرة فى كتاب الله ١٩١
النصف ١٩١
الربع ١٩٢
الثمن ١٩٢
الثلثان ١٩٢
الثلث ١٩٣
السدس ١٩٤

الباب الحادى عشر

فى بيان أحوال نصيب ذوى الفروض

المتقدمة مع غيرهم من الورثة

أحوال الأب ١٩٩
— الحالة الأولى ١٩٩

صفحة

— الحالة الثانية ٢٠١
— الحالة الثالثة ٢٠٢
أحوال الجد ٢٠٤
أحوال أولاد الأم ٢٠٦
— الحالة الأولى ٢٠٦
— الحالة الثانية ٢٠٦
— الحالة الثالثة ٢٠٧
أحوال الزوج ٢٠٨
— الحالة الأولى ٢٠٨
— الحالة الثانية ٢٠٨
أحوال الزوجة أو الزوجات ٢٠٩
— الحالة الأولى ٢٠٩
— الحالة الثانية ٢٠٩
أحوال البنات الصلبيات ٢١١
— الحالة الأولى ٢١١
— الحالة الثانية ٢١١
— الحالة الثالثة ٢١١
أحوال بنات الإبن ٢١٣
— الحالة الأولى ٢١٣
— الحالة الثانية ٢١٣
— الحالة الثالثة ٢١٣

صفحه

ــ الحالة الرابعة	٢١٤
ــ الحالة الخامسة	٢١٤
ــ الحالة السادسة	٢١٤
أحوال الأخوات لأب وأم أى الشقيقات	٢١٥
ــ الحالة الأولى	٢١٥
ــ الحالة الثانية	٢١٥
ــ الحالة الثالثة	٢١٥
ــ الحالة الرابعة	٢١٦
ــ الحالة الخامسة	٢١٦
أحوال الأخوات لأب	٢١٧
أحوال الأم	٢١٨
ــ الحالة الأولى	٢١٨
ــ الحاله الثانية	٢١٨
ــ الحالة الثالثة	٢١٩
أحوال الجدة أو الجدات	٢٢٠

الباب الثانى عشر

التعصيب

العاصب بنفسه النسبى	٢٢١
العاصب بغيره	٣٢٣
العاصب السببى	٢٢٤

صفحة

الباب الثالث عشر
فى الحجب

الباب الرابع عشر
فى حساب مسائل الفرائض

عول الستة ٢٣٢

— عول الستة إلى ثمانية ٢٣٣

— عول الستة إلى تسعة ٢٣٤

— عول الستة إلى عشرة ٢٣٤

عول الإثنا عشر ٢٣٤

— عول الإثنا عشر إلى ثلاثة عشر . . . ٢٣٥

— عول الإثنا عشر إلى خمسة عشر . . . ٢٣٥

— عول الإثنا عشر إلى سبعة عشر . . . ٢٣٥

عول الأربعة والعشرون ٢٣٦

المحفوظات المتماثلات ٢٤١

المحفوظات المتداخلة ٢٤١

المحفوظات المتوافقة ٢٤١

المحفوظات المتباينة ٢٤٢

صفحة

المناسخات ٢٤٤

الباب الخامس عشر

في العول والرد

العول ٢٤٧

الرد ٢٤٨

— القسم الأول ٢٤٩

— القسم الثانى ٢٤٩

— القسم الثالث ٢٥٠

— القسم الرابع ٢٥٠

الباب السادس عشر

في مسائل متنوعة

القسم الأول : فى توريث الحمل والورثة الموجودين معه . ٢٥٣

القسم الثانى : فى توريث المفقود وإرثه ٢٥٤

القسم الثالث : فى كيفية توريت الخنثى ٢٥٥

القسم الرابع : فى كيفية توريث الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى ٢٥٦

القسم الخامس : ولد الزنا وولد اللعان ٢٥٦

القسم السادس: التخارج ٢٥٧

صفحة

الباب السابع عشر
فى ذوى الأرحام وكيفية توريثهم

الصنف الأول : ٢٥٩
الصنف الثانى : ٢٥٩
الصنف الثالث: ٢٦٠
الصنف الرابع ٢٦٠
كيفية توريث ذوى الأرحام ٢٦١
فقه الإمامية فى ذوى الأرحام ٢٦٦
فهرس ٢٦٧

رقم الايداع بدار الكتب ٣٠٧٦ ١٩٧٠

المطبعة الفنية الحديثة
٢٠ شارع الأصبغ بالزيتون ت ٨٦٤٨٧١

